# Die Tötung auf Verlangen des Getöteten in ihrer strafrechtlichen und zivilrechtlichen Bedeutung.

---

## Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Königl. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg zur Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

**Wilhelm Sack**
aus Gescher (Westf.).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1914.

Referent: Geh. Hofrat Prof. Dr. Oetker.

# Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

§ 1. Die Tatbestandsmerkmale des § 216 . . . . . 1
a) Das Verlangen.
b) Ausdrücklichkeit.
c) Ernstlichkeit.
d) Bestimmtsein.
§ 2. Der Versuch der Tötung auf Verlangen . . . . . 10
§ 3. Verhältnis des § 216 zu anderen Delikten . . . . . 19

Zweiter Teil.

§ 4. Geschichtliche Einleitung: Die Behandlung der Tötung auf Verlangen bis zur Gegenwart . . . . . 20
§ 5. Die Tötung auf Verlangen de lege ferenda . . . . . 23
§ 6. Schlußbemerkungen . . . . . 30

Dritter Teil.

§ 7. Die prozessuale Behandlung der Tötung auf Verlangen . . . . . 31
a) Zuständiges Gericht.
b) Verfahren vor dem Schwurgericht.

Vierter Teil.

§ 8. Die Tötung auf Verlangen in ihrer zivilrechtlichen Bedeutung . . . 38

# Literaturverzeichnis.

## 1. Lehrbücher, Kommentare, Monographien usw.


**Abegg,** Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836.
**Archbold,** Pleading and Evidence in criminal cases 21. ed.
**v. Bar,** Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 3. 1909.
**Berner,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.
**Benneke-Beling,** Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozesses. 2. Aufl. 1900.
**Beling,** Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
**Binding,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1902—1905.
**Binding,** Handbuch des deutschen Strafrechts. 1885.
**Birkmeyer,** Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (v. Lilienthal). 2. Aufl. 1912.
**Breithaupt,** Volenti non fit injuria. 1891.
**Conrad, Elster, Lexis, Loening,** Handwörterbuch der Staatswissenschaft. 3. Aufl. 1911.
**Dalcke,** Fragestellung und Verdikt im schwurgerichtlichen Verfahren. 2. Aufl. 1898.
**Dohna, Graf zu,** Das Strafverfahren. 1913.
**Dohna, Graf zu,** Die Rechtswidrigkeit als Merkmal im Tatbestande. 1905.
**Fischer,** Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. 1911.
**Frank,** Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1908.
**v. Ferneck, Hold,** Die Rechtswidrigkeit. Jena 1903.
**Horn,** Zur Lehre von der Tötung auf Verlangen. 1910.
**Harrelts,** Über die Tötung auf Verlangen. Tübingen 1896.
**Heib,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1861.
**Heyer,** Grundriß. 1884/85.
**Huderian,** Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden. Berlin 1899.
**Hahn,** Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung von 1877 usw.
**Hauptmann,** Über die Bestrafung der Versuchshandlung im Falle des § 216 StGB. 1906.
**Hälschner,** Gemeines deutsches Strafrecht. 1881.
**Horn,** Die Tötung auf Verlangen. Münster 1910.
**v. Holtzendorff-Kohlers** Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (Beling) 2. Aufl. 1913.
**Jeselsohn,** Zur Auslegung des § 216 RStGB. Erlangen 1896.
**Jarcke,** Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1821.
**Joski,** Die Einwilligung des Verletzten. Bernburg 1899.
**Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal, Goldschmidt,** Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches. 1911.
**Kahle,** Der Versuch der Tötung auf Verlangen. Rostock 1908.
**Keßler,** Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. 1884.
**Kohler,** Studien aus dem Strafrecht.
**v. Liszt,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 19. Aufl. 1912.
**v. Liszt,** in Vergleichende Darstellung Besonderer Teil Bd. 5.

**Finckelmann,** Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1898.
**Löwe,** Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich mit Kommentar, bearbeitet von Rosenberg. 13. Aufl. 1913.
**v. Mayr,** Statistik und Gesellschaftslehre. Bd. 3: Sozialstatistik. 1909.
**Meyer-Allfeld,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl.
**Merkel,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1899.
**Oetker,** Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten. 1907.
**Olshausen,** Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 9. Aufl. 1912.
**Oppenhoff,** Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1902.
**Planck,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1907/08.
**Puchelt,** Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
**Pollack,** Die Tötung auf Verlangen. Greifswald 1905.
**Rosenfeld,** Der Reichsstrafprozeß. 4./5. Aufl. 1912.
**Roedenbeck,** Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. 1883.
**Rupp, Elisabeth,** Das Recht auf den Tod. 1913.
**Rubo,** Kommentar über das Strafgesetzbuch. 1879.
**Reichsgerichtsräte,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1910.
**Schmidt, R.,** Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. 1900.
**Schaper** in Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts.
**v. Schwarze,** Kommentar für das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1873.
**Schütze,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1877.
**Stenglein,** Lexikon des deutschen Strafrechts. 1900—1904.
**Stenglein** (Rudorff-Stenglein), Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1881.
**Staudinger,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1908—1911.
**Stooß,** Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlung. 1898.
**Stephen,** Digests of the criminal Law. 4. Aufl. 1887.
Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Bd. 1: Das Strafrecht der Staaten Europas.
**Tuchmann,** Die Tötung auf Verlangen in ihrer materiellrechtlichen und prozessualen Bedeutung. Würzburg 1911.
**Unger,** Der Selbstmord in der Beurteilung des geltenden deutschen bürgerlichen Rechts. 1913.
**v. Wächter,** Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts.
**Weyl,** System der Verschuldungsbegriffe. 1905.

## 2. Zeitschriften und Entscheidungen.

**Goltdammers** Archiv für Strafrecht: Bd. 5 S. 489 (Boehlau), Bd. 6 S. 458 (Lion), Bd. 13 S. 387 (Abegg), Bd. 25 S. 104 (Ortmann), Bd. 26 S. 195 (Ortmann), Bd. 29 S. 435 (Zimmermann), Bd. 52 S. 92 (Olshausen).
Der Gerichtssaal: Bd. 11 S. 65 (Mittermaier), Bd. 20 S. 5 (v. Wächter), Bd. 35 S. 161 (Hälschner), Bd. 37 S. 124 (Roedenbeck), Bd. 38 S. 161 (Ullmann), Bd. 78 (Oetker).
**Grünhuts** Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart: Bd. 27 S. 741 (Hartmann).
Archiv für die zivilistische Praxis: Bd. 99 (Zitelmann).
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft: Bd. 6 S. 401 (v. Liszt), Bd. 8 S. 297 (Lilienthal), Bd. 18 S. 285 (Beling), Bd. 24 S. 548 (Katzenstein) 1911 Bd. 2 S. 540 (Leppmann).
Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform: Bd. 8 (Hafter).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern: 1913 S. 125 u. 410 (Meyer).
Deutsche Juristenzeitung: 1911, 1912, 1913 (v. Lucas).

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes 1870. Bd. 2—6.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen: Bd. 2 S. 442, Bd. 6 S. 225, Bd. 20 S. 171 u. 351, Bd. 24 S. 369, Bd. 26 S. 363, Bd. 28 S. 200, Bd. 31 S. 253, Bd. 45 S. 248.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen: Bd. 66 S. 307.

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts: Bd. 17 S. 165.

Statistics relating to Criminal proceedings, Police, Coroners, Prisons, Reformatory, and Industrial Schools, and Criminal Lunatics for the year 1911 (Judicial Statistics, England and Wales 1911 Part. I. Criminal Statistics). London 1913.

# Erster Teil.

## § 1.

## Die Tatbestandsmerkmale der Tötung auf Verlangen nach § 216.

Die strafbare Handlung des § 216 ist Tötung, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie (wie beim Mord § 211) mit Überlegung oder (wie beim Totschlag in § 212) ohne Überlegung ausgeführt wird.

Das Tatbestandsmerkmal, das die Handlung des § 216 von der der §§ 211 u. 212 unterscheidet, ist das hinzutretende Verlangen des Getöteten, das wiederum verschiedene Merkmale an sich tragen muß.

### a) Das Verlangen.

§ 216 erfordert, daß der Täter durch das Verlangen des Getöteten zu der Handlung bestimmt worden, nicht lediglich daß die Tat mit Einwilligung des Getöteten verübt sei.

Verlangen ist etwas anderes als Einwilligung. Einwilligen bedeutet, auf den Willen eines anderen eingehen. Einwilligung ist die Erklärung der Übereinstimmung meines Willens mit dem Willen eines anderen. Ich weiß also oder nehme an, wenn ich einwillige, daß der andere den Willen zur Tat besitzt. Wer einen Einwilligenden tötet, tötet jemanden, dem er erklärt hat: „Ich will dich töten", worauf der andere sein Einverständnis mit diesem Wollen zu erkennen gegeben hat. Das Hauptmerkmal ist:

Der Täter ist hinsichtlich Erreichung der Übereinstimmung seines Willens mit dem des anderen aktiv, der andere läßt zu.

Bei Verlangen ist es anders. Das Endresultat ist dasselbe: Übereinstimmung meines Willens mit dem Willen des anderen. Daraus folgt, daß ein Verlangender auch ein Einwilligender ist. Aber nicht jeder Einwilligende ist ein Verlangender. Ein Verlangender ist nur ein solcher Einwilligender, der die Übereinstimmung des Willens des andern mit seinem eigenen Willen durch aktive Betätigung zu erreichen sucht.

Auf den § 216 angewandt, bedeutet das: Der Getötete muß durch eine aktive Betätigung den anderen zur Tötung bestimmt haben. Der Tatbestand des § 216 liegt nicht vor, wenn der Tötende erklärt hat: „Ich will dich töten" und der andere einwilligt. Daß wir es nicht

mit einer bloßen Einwilligung zu tun haben, geht daraus hervor, daß § 216 verlangt, der Täter solle durch das Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt sein.[1])

Wer einen Einwilligenden tötet, ist nicht durch das Verlangen des Getöteten bestimmt worden; er hat im Gegenteil den Getöteten zur Duldung bestimmt. Auch der Zusatz „ausdrücklich" bestärkt diese Vermutung. Meiner Ansicht nach hat der Gesetzgeber überhaupt nur den Fall im Auge gehabt, wo bei dem Getöteten ein lebhafter Wunsch nach dem Tode vorhanden war, wo er den Tod als etwas erstrebt, das er sich auch selbst zufügen würde, wenn ihm nicht die physische oder psychische Kraft ermangelte.

Jedenfalls ist es falsch, wenn man, wie es Hälschner,[2]) Ortmann,[3]) Roedenbeck[4]) tun, Verlangen mit Einwilligung identifiziert.

Die Begründer dieser Ansicht stützen sich darauf, daß die Motive nur von der Einwilligung sprechen, und daß die Überschrift im sächs. Strafgesetzbuch, dem ja § 216 StGB. entnommen sei, „Tötung eines Einwilligenden" laute.

Was zunächst den letzten Einwand angeht, so ist zu bemerken, daß die Überschrift doch herzlich wenig besagt, wenn nachher im Text von „Verlangen" die Rede ist.

Auf die andere Einwendung möchte ich zunächst v. Liszt[5]) antworten lassen: „Materialien, insbesondere Begründung und Kammerverhandlung, sind nur mit äußerster Vorsicht als Auslegungsmittel zu gebrauchen. Sie sind nicht erklärter Wille der Gesamtheit, sondern geben uns im günstigsten Falle die Beweggründe, welche einzelne Mitglieder des einen der gesetzgebenden Faktoren zu ihrer Willensbildung bestimmt haben".[6]) Dies ist insbesondere für die Motive des Strafgesetzbuches der Fall, die ja im Grunde genommen nur eine Privatarbeit darstellen.

Und will man selbst die Motive als vollgültiges Beweismaterial gelten lassen, so wäre der Beweis trotzdem ein ungenügender. Denn die Motive sprechen nicht von der Tötung eines Einwilligenden schlechthin, sondern von der Tötung eines Einwilligenden, wie sie der Entwurf näher charakterisiert, und das ist m. E. die Tötung eines Verlangenden in dem oben angeführten Sinne.

---

[1]) Der im Text vertretenen Ansicht sind Binding (Handb. S. 721); v. Liszt (a. a. O.); Berner (Lehrb. S. 95); Merkel (Lehrb. S. 307); Breithaupt (a. a. O. S. 49); Kahle (a. a. O. S. 3); Jeselsohn (a. a. O. S. 36); Olshausen (§ 216 II); Graf zu Dohna (Rechtswidrigkeit S. 142); Schmidt (Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes usw. S. 52); Stooß, Chirurg. Operation und ärztliche Behandlung S. 87).

[2]) Bd. 2 § 18 Anm. 2.

[3]) GoltdArch. Bd. 25 S. 117.

[4]) Zweikampf S. 44, and. M. jedoch im GerS. Bd. 37 S. 140.

[5]) Lehrb. § 18 III.

[6]) vgl. auch Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts S. 1367.

Durch den Hinweis auf den Entwurf in der angezogenen Stelle der Motive wird m. E. die Identifizierung der Begriffe Einwilligung und Verlangen ausgeschlossen, so daß ich die Motive gerade für den Beweis der Richtigkeit meiner Ausführungen in Anspruch nehmen möchte.

Durch den erwähnten Zusatz werden eben aus der Reihe der nur Einwilligenden diejenigen ausgeschieden, die ihren Willen in so intensiver ausdrücklicher Weise kundgegeben haben, daß der andere dadurch zu der Tat bestimmt worden ist.

Zum Beweise der Gleichheit von Verlangen und Einwilligung wird endlich noch § 142 Abs. 2 angeführt: „Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher einen andern auf dessen Verlangen zur Wehrpflicht untauglich macht".

Hier ist offenbar Verlangen gleich „Einwilligung",[1]) und wir können dies unbedenklich zugeben, ohne inkonsequent zu sein. § 142 will verhindern, daß Fälle der leichten Körperverletzung zum Zwecke der Untauglichmachung zum Heeresdienst straflos bleiben.[2]) Ohne diese Bestimmung würde dies in den meisten Fällen eintreten, da ja die leichte Körperverletzung ein Antragsdelikt darstellt. § 142 ist gegenüber §§ 223 und 223a wegen dieser Tatsache und in bezug auf die härtere Strafe strenger. Bei schwerer Körperverletzung tritt von selbst wegen Idealkonkurrenz mit § 225 die schwerere Strafe des § 225 ein. Wenn nun schon denjenigen, der auf das Verlangen des andern hin die Tat begeht, die Strafe des § 142 trifft, dann erst recht denjenigen, der es tut, ohne daß der andere an ihn das Verlangen stellt, der ihn vielmehr noch erst dazu überredet, daß er die Einwilligung erteilt. § 216 bedeutet aber gegenüber den anderen Bestimmungen über Tötung eine wesentliche Milderung.

Es ist daher nicht angängig, den Begriff des „Verlangens" abzuschwächen in den der „Einwilligung". Dadurch würde, wie bereits oben nachgewiesen, das Tatbestandsmerkmal des „Bestimmtseins" des Täters beseitigt und die Anwendbarkeit des Paragraphen auf Fälle ausgedehnt, die seinen Tatbestand nicht erfüllen.

Wer das „Verlangen" in §§ 216 u. 142 Abs. 2 gleichstellt, läßt außer acht, daß § 216 eine strafmildernde, § 142 Abs. 2 dagegen eine strafschärfende Bestimmung ist.

Wenn auch das Verlangen, wie oben auseinandergesetzt, eine intensive Aktivbetätigung gegenüber dem mehr passiven Verhalten des Einwilligenden erfordert, so ist damit nicht gesagt, daß der Tötende nicht den Wunsch zu sterben in dem anderen hervorgerufen haben dürfe. Der Fall wird sogar häufig vorkommen, besonders bei einem Liebespaar, das gemeinsam

---

[1]) Anders Binding (Lehrb. Bd. 2 S. 697), der Verlangen im § 142 Abs. 2 dem Verlangen im § 216 gleichstellt.

[2]) Es entspricht nicht den tatsächlichen Verhältnissen, wenn Roedenbeck annimmt, im Falle des § 142 käme nur schwere Körperverletzung in Betracht; schwere Körperverletzung wird im Gegenteil nur selten vorkommen.

in den Tod zu gehen beschließt. Indessen muß in allen diesen Fällen eine gewisse Initiative des Getöteten verlangt werden, da sonst von einem „Bestimmtwerden" des Tötenden nicht mehr die Rede sein kann.

Es wird freilich auch der Fall vorkommen, daß der eine sich seines Auftrages, den anderen zu töten, sehr gewissenhaft entledigt, sich selbst aber nur unerheblich verwundet. In einem solchen Falle wäre zu prüfen, ob der Täter diesen Gedanken schon von Anfang an gehegt hat; läßt sich dieses nachweisen, so ist zweifellos auf Mord zu erkennen, da alsdann der Täter nicht durch das Verlangen des Getöteten, das vielmehr an die Voraussetzung, daß auch der andere sich töten werde, geknüpft war, zur Tat bestimmt worden ist. Es kann aber auch ebensogut vorkommen, daß der Überlebende wirklich die Absicht hatte, sich selbst ebenfalls zu töten, infolge der Aufregung aber sich nicht tödlich trifft oder nicht mehr die Kraft, sich zu töten, besitzt; hier würde § 216 Anwendung finden müssen. Die Prüfung wird meistens eine recht schwierige sein und vielleicht auch in manchen Fällen zu milder Bestrafung eines gemeinen Mörders führen.

### b) Ausdrücklichkeit.

Ein ausdrückliches Verlangen liegt vor, wenn der Getötete seinen Wunsch auch durch äußere Handlungen zu erkennen gegeben hat. Hieraus folgt ohne weiteres, daß es nicht unbedingt erforderlich ist, daß das Verlangen durch Worte ausgedrückt wird. Es genügt vielmehr, wenn der Getötete durch Niederschrift oder durch Gebärden seinen Willen unzweideutig zum Ausdruck gebracht hat, ein Fall, der häufig bei Schwerkranken und Taubstummen vorkommen wird.

Dagegen möchte ich der Ansicht Ortmanns[1]) und Meyer-Allfelds,[2]) die außer unzweideutigen Gebärden auch sonstige konkludente Handlungen gelten lassen wollen, nicht zustimmen. Die Zulassung von konkludenten Handlungen würde, wie Tuchmann[3]) richtig ausführt, die Gefahr nahelegen, daß mit dem Nachweis solcher konkludenter Handlungen zu leicht Mißbrauch getrieben würde. Es widerspricht die Annahme auch dem Gesetzestext, der ein ausdrückliches Verlangen fordert. Ein solches liegt aber m. E. nicht mehr vor, wenn die Handlungen zwar einen Schluß auf das Vorliegen eines Verlangens gestatten, aber nicht zu diesem Zweck vorgenommen sind.

### c) Ernstlichkeit.

Das Erfordernis der Ernstlichkeit wird meistens als überflüssig bezeichnet, da ein im Scherze gestelltes Verlangen überhaupt kein Verlangen sei.[4]) Was hat dann der Gesetzgeber mit dem Zusatz bezweckt? Wollte

[1]) GoltdArch. Bd. 25 S. 117.
[2]) Lehrb. des deutschen Strafrechts.
[3]) a. a. O. S. 22.
[4]) So v. Liszt, Vergl. Darst. Bd. 5 S. 130 II, 2; Oertmann in GoltdArch. Bd. 25 S. 117; Roedenbeck S. 44; Olshausen § 216 N. 2.

er nur in Anbetracht der Wichtigkeit der Sache die Annahme eines im Scherze ausgesprochenen Verlangens noch ausdrücklich ausschließen?

Horn[1]) nimmt an, er habe damit eine gewisse Festigkeit des Verlangens ausdrücken wollen, so daß § 216 keine Anwendung finden solle, wenn jemand bald verlangt, getötet zu werden, bald wieder das Gegenteil und dann in einem Moment, wo er gerade die Tötung verlangt, auch getötet wird.

Sei dem wie es wolle, jedenfalls liegt in dem Zusatz „ernstlich" eine Aufforderung an den Tötenden, das Verlangen vor der Tat zu prüfen.

Bei dieser Gelegenheit möge auch die Frage erledigt werden, wer ein dem § 216 entsprechendes Verlangen stellen könne, eine Frage, die von größter Bedeutung und auch sehr bestritten ist.

Bei einem geistig reifen und geistig gesunden, mithin normal bestimmbaren Menschen bedarf es keiner weiteren Erörterung. Es gibt ja freilich Fälle, in denen auch bei einem solchen Menschen die Urteilskraft wesentlich geschwächt ist. Gerade in den Fällen, für die § 216 geschaffen ist, wird der Verlangende zu einer ganz klaren Überlegung infolge starker seelischer Erregung nicht imstande sein. Daher kann man die Ansicht Pollacks,[2]) der ernstlich mit „nicht unüberlegt" interpretiert, nicht billigen.

Bestritten ist jedoch die Frage, wie das von einem geistig nicht reifen oder geistig gesunden Menschen gestellte Tötungsverlangen zu beurteilen ist.

v. Liszt[3]) verlangt das freie und bewußte Verlangen eines zurechnungsfähigen Erwachsenen und verweist wegen der Beurteilung des Lebensalters auf die §§ 51, 55, 58 StGB. Hier irgendein bestimmtes Lebensalter für die Fähigkeit zur Stellung des Verlangens festzulegen, ist wohl kaum möglich und entspricht ganz gewiß nicht dem Willen des Gesetzgebers, der zwar in § 57 den, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, für deliktsfähig erklärt, im übrigen aber für Delikte Jugendlicher, die das 12., nicht aber das 18. Lebensjahr vollendet haben, die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht maßgebend sein läßt.

Es sind aber in der Tat Vorschläge gemacht worden, eine bestimmte Altersgrenze festzusetzen. So will Schaper[4]) das 21., Breithaupt[5]) mindestens das 7. Lebensjahr als Grenze betrachtet wissen. Die erstere Meinung ist ganz gewiß nicht zu billigen. Die letztere Ansicht schon eher, da ein noch nicht 7jähriges Kind die zur Stellung des Todesverlangens erforderliche Einsicht wohl nicht besitzt.

M. E. hat Keßler[6]) recht, der die Beurteilung als quaestio facti bezeichnet.

---

[1]) Tötung auf Verlangen S. 28.
[2]) a. a. O. S. 35.
[3]) Lehrb. § 85 II.
[4]) Holtzendorff, Handb. Bd. 2 S. 130.
[5]) a. a. O. S. 20.
[6]) a. a. O. S. 102.

Sehr bestritten ist auch die Frage, ob der Verlangende zurechnungsfähig sein müsse. v. Liszt,[1] Olshausen,[2] Hälschner,[3] Oppenhoff[4] bejahen dies und wollen die Tötung eines Geisteskranken als gemeine Tötung bestrafen.

M. E. ist die Frage nicht so unbedingt zu bejahen. Tuchmann[5] weist mit Recht darauf hin, daß Fälle vorkommen können, in denen das Tötungsverlangen eines Geisteskranken trotz des beschränkten Vorstellungs- und Denkvermögens seinem wahren Willen entspricht, und daß es doch grausam wäre, denjenigen, der einen so Bedauernswerten tötet, als gemeinen Mörder zu bestrafen. Die Feststellung, wann dem Verlangen eines Geisteskranken Bedeutung beizumessen ist, kann nur eine quaestio facti sein.

Richtig dürfte die Interpretation Horns[6] sein, dem Verlangen sei keine Bedeutung beizumessen, wenn es das Produkt der Geisteskrankheit sei, wohl aber dann, wenn die Krankheit nur das Motiv zu dem Verlangen sei, wenn z. B. ein an Wahnvorstellung Leidender bei sonst klarem Verstande wegen dieses Leidens den Tod herbeiwünsche.

Die Entscheidung muß jedenfalls im Einzelfalle dem Richter anheimgestellt werden.

Wer irrigerweise das im Scherz ausgesprochene Verlangen als ernstliches auffaßt, wird sich auf § 59 berufen können, wodurch eine Bestrafung als Mord oder Totschlag ausgeschlossen und nur eine solche nach § 216 zulässig wäre, da der nach §§ 211 u. 212 erforderliche unbeschränkte Dolus dann nicht vorliegt.[7]

Indessen wird ein solcher Fall m. E. wohl kaum vorkommen. Denn wer das Verlangen auf Tötung stellt, befindet sich in Umständen, die ihn zu allem anderen, nur nicht zum Scherzmachen veranlassen. Wenn daher wirklich jemand scherzhafterweise verlangt, getötet zu werden, so werden die traurigen Begleitumstände nicht vorhanden sein, und es liegt der Schluß bedenklich nahe, daß derjenige, der auf dieses Verlangen hin die Tötung vornimmt, den unbeschränkten Tötungsdolus gehabt hat. Ganz sicher hat in den meisten Fällen dieser Art der Tötende keine ernsthafte Prüfung über das Verlangen angestellt. Die Tötung eines Menschen ist nun aber keine geringfügige Sache, und man ist m. E. vollauf berechtigt, eine ernsthafte Prüfung zu verlangen. Wer auf ein an ihn gestelltes Verlangen ohne weiteres ein Menschenleben vernichtet, der zeigt meiner Ansicht nach eine Frivolität, die auf Vorhandensein des Vorsatzes der gemeinen Tötung

---

[1]) Lehrb. § 85 II.
[2]) a. a. O. § 216 N. 2.
[3]) a. a. O. Bd. 2 S. 56 N. 1.
[4]) a. a. O. § 216 N. 4.
[5]) a. a. O. S. 26.
[6]) a. a. O. S. 27.
[7]) Ebenso Olshausen § 216 N. 4; Oertmann in GoltdArch. Bd. 25 S. 117; and. M. v. Liszt § 85 II; Meyer § 463.

schließen läßt. Jedenfalls ist in einem solchen Falle, wenn man sich doch für Anwendung des § 216 entscheiden sollte, die höchste zulässige Strafe am Platze.

Das gleiche gilt zugunsten dessen, der infolge faktischen Irrtums den Geisteskranken für normal hält.

### d) Das Bestimmtsein.

Der Täter muß durch das Verlangen des Getöteten zu der Handlung bestimmt worden sein.

Der Getötete steht zu dem Täter offenbar im Verhältnis des Anstifters. Denn er hat den anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich angestiftet. Der Tatbestand des § 48 ist demnach vollständig erfüllt. Das Reichsgericht müßte also konsequenterweise bei der fehlgeschlagenen Tötungshandlung, durch die nur eine Körperverletzung verursacht worden ist, den Verletzten als Anstifter bestrafen. Denn wenn der Dolus der Tötung den der Körperverletzung umfaßt, wie das Reichsgericht[1]) ausführt, dann hat auch derjenige, der zur Tötung angestiftet hat, notwendig auch zur Körperverletzung angestiftet. Dies wäre allerdings eine höchst fatale Konsequenz, da der versuchte Selbstmord straflos ist!

Hier interessiert uns indessen nicht der Getötete, sondern der Tötende.

Wenn, wie eben dargelegt, der Getötete Anstifter im Sinne des § 48 ist, so ist offenbar der Tötende Angestifteter.

Es liegt also nahe, auf ihn die Regeln über Anstiftung in Anwendung zu bringen.

Nach der herrschenden Meinung liegt ein Bestimmen des Täters vor, wenn die Tätigkeit des Anstifters den Entschluß zur Begehung der Tat beim Täter hervorgerufen hat, aber auch dann, wenn bei dem Täter bereits eine Geneigtheit zur Tat vorhanden war. Die Geneigtheit erscheint mir als eine die Verursachung der Begehung erleichternde Bedingung. Im Gegensatz hierzu ist die Tätigkeit des Anstifters das *ausschlaggebende Moment*.

Auf die Tötung eines Verlangenden angewandt, ergibt sich bezüglich des Tötenden folgendes:

Eine „Bestimmung" des Täters liegt nur dann vor, wenn das Todesverlangen des Getöteten bei dem Täter den Entschluß zur Tötung hervorgerufen hat. Läßt sich der Täter *nur* durch das Verlangen zur Tat bewegen, so handelt er offenbar aus rein altruistischen Motiven. Aber es ist auch denkbar, daß *neben* den altruistischen auch egoistische Motive eine Rolle spielen. Durch das Vorhandensein dieser egoistischen Motive wird die Anwendbarkeit des § 216 nicht ohne weiteres ausgeschlossen; dies ist nur dann der Fall, wenn die egoistischen Motive die zur Tötung

[1]) RG. Bd. 28 S. 200.

bestimmenden Motive sind. Denn dann gibt nicht mehr das Todesverlangen den Ausschlag; das Todesverlangen hat dann den Täter erst in zweiter Linie bestimmt, und das entspricht nicht dem Wortlaut der § 216. Um ein Beispiel anzuführen: A fleht den B an, ihn zu töten. B zögert. C, der zugegen ist, macht B auf die ihm zufallende Erbschaft aufmerksam. Nunmehr schießt B den A nieder. Hier ist es klar, daß nicht das Todesverlangen des A den B bewogen hat, sondern die Aussicht auf die zu erwartende Erbschaft; das Todesverlangen hat ihn höchstens mitbewogen, den Ausschlag aber gab der Hinweis auf die Erbschaft. Wesentlich anders liegt der Fall, wenn A selbst den B auf die Erbschaft aufmerksam gemacht hätte. Hier müßten wir — sofern sich nicht aus anderen Tatsachen das Gegenteil ergibt — m. E. zugunsten des B annehmen, daß das Todesverlangen des A, das sich durch den Hinweis auf die Erbschaft als besonders starkes charakterisiert, von B auch als solches erkannt wurde. B sah dann eben ein, daß es dem A durchaus darum zu tun war, ihn zur Tötung zu bewegen, und handelte demgemäß.

Das Todesverlangen muß also das ausschlaggebende Moment sein.

Dieses Resultat befriedigt aber das Rechtsgefühl eigentlich durchaus nicht.

Verdient wohl derjenige, der bereits früher oder sogar noch bei der Tat selbst offenbart hat, daß ihm der Tod des Lebensmüden äußerst erwünscht ist, der vielleicht sogar die Ursache für den Lebensüberdruß des anderen ist, die milde Behandlung des § 216? Ist ein solcher nicht vielmehr ein gemeiner Mörder?

Der Zweck des § 216 ist doch jedenfalls der, die edlen, altruistischen Motive, und nur diese, zu schützen. Wo immer es sich daher zeigt, daß Egoismus die Triebfeder gewesen ist, wenn auch das Todesverlangen vielleicht als letztes Gramm in die bereits nach unten sinkende Wagschale gefallen ist — als höchst willkommene Zugabe —, da ist eine milde Behandlung des Tötenden nicht am Platze.

Aber der Wortlaut des § 216 läßt eine solche Beurteilung nicht zu. Für das geltende Recht müssen wir an der oben dargelegten Interpretation festhalten. Nur in der Strafzumessung wird das egoistische Motiv Berücksichtigung finden dürfen und müssen.

Die Motive des Getöteten sind natürlich zur Beurteilung der Tat unwesentlich. Sind freilich die Motive absonderlicher Art — Jeselsohn führt einen Fall an: Gewinnung einer Lebensversicherungsprämie für die Erben des Getöteten —, so wäre der Tötende jedenfalls, ehe er zur Tat schritt, verpflichtet, sich zu überzeugen, ob er es nicht mit einem Geisteskranken zu tun hat.

Der Richter wird zu prüfen haben, ob unter solchen und ähnlichen Umständen, auch bei dem im Scherz geäußerten Verlangen, der Tötende nicht den auf Mord gerichteten dolus eventualis gehabt hat.

Es ist nun die Frage aufgeworfen worden, an wen das Verlangen gerichtet gewesen sein müsse, um eine Verurteilung nach § 216 zu recht-

fertigen. Es sind da drei Fälle möglich. Erstens der Lebensmüde hat sich an eine bestimmte Person gewandt, zweitens an eine bestimmte Anzahl von Personen, drittens an gar keine bestimmte Person.

Betrachten wir zunächst den dritten Fall. Hier ist ersichtlich, daß jeder Beliebige, der sich durch das Verlangen bestimmen läßt, den Schutz des § 216 verdient.

Bestritten ist die Frage bezüglich des zweiten und ersten Falles. Der Gesetzestext sagt hierüber nichts, sondern verlangt nur ein Bestimmtwerden durch das Verlangen. Nun ist es aber klar, daß ich auch durch ein Verlangen bestimmt werden kann, obschon dasselbe nicht an mich gerichtet ist. Es ist daher kein Grund vorhanden, einem Nichtaufgeforderten den Schutz des § 216 nicht zuteil werden zu lassen, wofern nur der Verlangende nicht offenbar dartut, daß er damit nicht einverstanden ist, daß er vielmehr nur von dem einen, an den er sein Verlangen richtet, getötet werden will. Gibt nämlich der Verlangende seine Mißbilligung zu erkennen, so hebt er damit das geäußerte Verlangen in bezug auf den ungerufenen Töter auf, während er im anderen Falle durch die Zustimmung das Verlangen auch als an den Dritten gerichtet kennzeichnet.

Jedenfalls ist m. E. erforderlich, daß das Verlangen von dem Lebensmüden auf direktem Wege an den Tötenden ergangen ist, da sonst von einem Bestimmtsein durch das ausdrückliche und ernste Verlangen nicht mehr die Rede sein kann.

Desgleichen ist eine zeitliche Kontinuität unbedingt erforderlich. Entgegen der Ansicht von Horn[1]) möchte ich ein Verlangen, das erst nach einem gewissen Zeitraum oder unter einer aufschiebenden Bedingung erfüllt werden soll, nicht für ausreichend bezeichnen. Denn die Übereinstimmung des Willens des Verlangenden mit dem des Aufgeforderten ist ja ein Hauptkriterium des Tatbestands, und es ist fraglich, ob der Betreffende während des Zeitraums nicht seine Ansicht über den Wert des Lebens geändert und somit eine Nichtübereinstimmung herbeigeführt hat.

Ob § 216 nicht durch die vom Tötenden gewählte Todesart ausgeschlossen sein kann, darüber muß m. E. billiges Ermessen entscheiden. Es ist nicht unbedingt erforderlich, daß der Tötende sich genau nach dem Wunsche des Getöteten richtet, wofern er eine andere Art für geeigneter hielt und halten durfte. Er wird, wenn er wirklich durch das Verlangen des Getöteten zur Tat bestimmt worden ist, eine Tötungsart wählen, die dem Wunsche des Lebensmüden, wenn nicht im einzelnen, so doch im wesentlichen entspricht. Wählt er eine Tötungsart, die dem Wunsche des Lebensmüden entgegensteht, so liegt der Verdacht sehr nahe, daß nicht das Verlangen des Getöteten das ausschlaggebende Motiv zur Tat gewesen ist, sondern daß er aus anderen Gründen, etwa aus Rachsucht, gehandelt habe.

---

[1]) a. a. O. S. 32ff.

§ 2.

## Der Versuch der Tötung auf Verlangen.

§ 216 enthält über die Strafbarkeit des Versuches der Tötung eines Verlangenden keine Bestimmung. Der Versuch ist daher nach den allgemeinen Bestimmungen über den Versuch zu beurteilen.

§ 43 besagt: Der Versuch eines Verbrechens ist stets, der eines Vergehens nur in den vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen zu bestrafen. Mithin hätten wir zu untersuchen, ob § 216 ein Verbrechen oder ein Vergehen enthält.

Da das Delikt in § 216 nur mit Gefängnisstrafe bedroht ist, so wäre die Frage einfach zu beantworten, wenn nicht die Ansicht aufgetaucht wäre, § 216 enthalte nur mildernde Umstände zu den §§ 211 u. 212. Wir haben demnach die Frage zu erledigen: Ist die Tötung eines Verlangenden Mord oder Totschlag mit mildernden Umständen oder nicht? Denn müssen wir diese Frage bejahen, so müssen wir auch die Tötung nach § 216 als Verbrechen im Sinne des § 1 StGB. bezeichnen.

Die Frage ist sehr bestritten. Die herrschende Meinung verneint dieselbe und bezeichnet demgemäß das Delikt als Vergehen (so Binding,[1]) Beling,[2]) Birkmeyer,[3]) Geyer,[4]) Hartmann,[5]) Hauptmann,[6]) Katzenstein,[7]) v. Liszt,[8]) Olshausen,[9]) Rubo,[10]) v. Schwarze,[11]) Guderian,[12]) Joski,[13]) Kahle,[14]) Zimmermann,[15]) Ver. Strafsenate v. 8. 2. 1896).[16])

Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von Hälschner,[17]) Oppenhoff,[18]) Kohler,[19]) Garrelts[20]) und Frank.[21])

---

[1]) Handb. Bd. 1 S. 358 und Lehrb. Bd. 1 S. 35.
[2]) Lehre vom Verbrechen S. 438.
[3]) Enzykl. der Rechtsw. S. 1162.
[4]) Grundriß Bd. 2 § 71 III, 1.
[5]) GrünhutsZ. Bd. 27 S. 745.
[6]) Über die Bestrafung der Versuchshandlung usw. S. 8.
[7]) ZStW. Bd. 24 S. 553.
[8]) Lehrb. Bd. 2 S. 322.
[9]) Komm. Bd. 2 § 216 Nr. 1.
[10]) Komm. § 216 Nr. 4.
[11]) Komm. § 216 Nr. 5.
[12]) Beihilfe zum Selbstmord usw. S. 68.
[13]) Einwilligung des Verletzten S. 26.
[14]) Versuch der Tötung auf Verlangen S. 7.
[15]) GoltdArch. Bd. 29 S. 441.
[16]) RG. Bd. 28 S. 200, Bd. 45 S. 248.
[17]) Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 2 § 18.
[18]) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich § 216 Nr. 6.
[19]) Studien Bd. 1 S. 128.
[20]) Über die Tötung auf Verlangen usw.
[21]) StGB. für das Deutsche Reich § 216 Nr. 3.

Die letztere Ansicht ist nicht zu billigen:

1. Das Strafgesetzbuch kennt keine mildernden Umstände, ohne sie als solche unter Angabe der Paragraphen, zu denen sie gehören sollen, zu benennen. Im § 216 ist aber von mildernden Umständen und einer Bezugnahme auf andere Paragraphen keine Rede. Und gerade hier wäre der Hinweis auf die §§ 211 u. 212, zu denen § 216 — wenn er überhaupt mildernde Umstände enthält — doch nur gehören könnte, besonders notwendig, da § 216 durch die §§ 213, 214 u. 215 von §§ 211 u. 212 getrennt ist.

2. Einen weiteren Grund gegen die Annahme, daß § 216 nur mildernde Umstände zu §§ 211 u. 212 enthalte, bietet die Stellung des § 216. Man betrachte:

§ 211 Mord,
§ 212 Totschlag,
§ 213 mildernde Umstände zum Totschlag,
§ 214 Totschlag bei Unternehmung einer strafbaren Handlung,
§ 215 Aszendententotschlag,
§ 216 Tötung eines Verlangenden.

Diese Stellung des § 216 und die Annahme, der Paragraph enthalte mildernde Umstände, lassen sich nur dann vereinigen, wenn § 216 zu § 211 und § 212 oder zu § 212 allein gehört. Denn gehörte er zu § 211 allein, so wäre sein Platz hinter § 211. Die Annahme, der Paragraph gehöre zu § 212 allein, wird aber wieder dadurch ausgeschlossen, daß § 216 von einer Tötung spricht, und das kann ebensowohl Totschlag als auch Mord sein. Es bliebe also nur übrig, § 216 zu beiden Paragraphen, § 211 und § 212, zu rechnen.

Nun hat aber § 213 die mildernden Umstände für den Totschlag bereits erledigt. Soll daher § 216 noch mildernde Umstände zum Totschlag enthalten, so müssen es ganz besonders zu berücksichtigende Umstände sein, und das ist wiederum nur denkbar, wenn wir es in § 216 mit einem besonders leichten oder einem besonders schweren Fall zu tun haben. Ein besonders leichter Fall gegenüber dem Totschlag mit mildernden Umständen nach § 213 kann § 216 nicht sein; wenigstens nicht nach dem Strafgesetzbuch (wohl in Wirklichkeit!); denn § 213 gestattet dem Richter eine Mindeststrafe von sechs Monaten. § 216 dagegen droht mit einer Mindeststrafe von drei Jahren.

Einen besonders schweren Fall in § 216 anzunehmen verbietet uns das Rechtsgefühl, welches uns sagt, daß die Tötung eines Verlangenden wohl einer der Fälle ist, die die meiste Rücksichtnahme verdienen.

Es läßt sich freilich nicht leugnen, daß man dem Gesetzgeber Inkonsequenz vorwerfen muß, wenn er in § 216 ein Delikt, das in manchen Fällen Totschlag mit mildernden Umständen sein kann, und das noch dazu besondere Rücksichtnahme verdient, mit einer strengeren Strafe bedroht als die übrigen Fälle des Totschlags mit mildernden Umständen. Das

Mißverhältnis der Mindeststrafen in §§ 213 u. 216 beruht auf einem Redaktionsfehler. Der Zusatz „oder sind mildernde Umstände vorhanden" wurde erst durch den Reichstag in § 213 eingeschoben, während § 216 bereits im Regierungsentwurf enthalten war. Hierbei wurde das Mißverhältnis der Strafen offenbar übersehen.

Der Umstand, daß der erwähnte Zusatz in § 213 erst nachträglich eingeschoben wurde, spricht ebenfalls dafür, daß das Verlangen in § 216 nicht als ein Spezialfall der sonstigen mildernden Umstände angesehen worden ist.

Hieraus dürfen wir wohl schließen, daß § 216 mildernde Umstände zu § 212 nicht enthält. Enthält er aber keine mildernden Umstände zum Totschlag, so dürfte er sich nicht an den letzten Paragraphen, der vom Totschlag handelt, anschließen, sondern müßte hinter § 211 stehen.

3. Jedenfalls waren, wenn man die Stellung des § 216 gelten lassen und trotzdem den Inhalt des Paragraphen als „mildernde Umstände" bezeichnen will, die termini technici, Mord bezw. Totschlag, nicht zu entbehren. § 216 spricht aber von einer „Tötung". Daraus folgt: Nach der Redaktionsweise des Strafgesetzbuches sind Tötung eines Verlangenden einerseits und Mord bezw. Totschlag anderseits begrifflich verschiedene Delikte. Die Tötung eines Verlangenden ist höchstens „Tötung mit mildernden Umständen". Wenn ich den Tatbestand des § 211 nehme und den mildernden Umstand des Verlangens hinzusetze, so ergibt sich nicht der Tatbestand des § 216. Ich muß vielmehr zuerst von dem Tatbestand des § 211 das Merkmal der überlegten Ausführungshandlung streichen. Genau so verhält es sich mit § 212 zu § 216. Daraus erhellt, daß § 216 mit den §§ 211 u. 212 nichts zu tun hat, sondern ein delictum sui generis ist.

Das Reichsgericht erkennt die Selbständigkeit des Vergehens in § 216 an[1]) und geht hierbei hauptsächlich von der Entstehungsgeschichte des § 216 aus.

Nach dem sächs. Strafgesetzbuch, dem § 216 entnommen ist, soll nach Angabe von Schwarze[2]) das Delikt stets als selbständiges behandelt worden sein. Hieraus können wir jedoch nicht ohne weiteres Schlüsse für den heutigen § 216 ziehen. Es bedürfte zuvor des Nachweises, daß dem Bundesrat und dem Reichstag jene sächsische Gerichtspraxis bekannt gewesen wäre. Dieser Nachweis ist aber nicht erbracht.

Das größte Gewicht legt die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung auf die Verhandlungen im Reichstag.

Zu dem § 206 des Entw. (§ 211 StGB.) waren zwei Anträge auf Zulassung mildernder Umstände gestellt. Der erste, vom Abg. Lasker eingebrachte, lautete[3]): „Der Reichstag wolle beschließen zu den §§ 206 und 211 (§§ 211 u. 216 StGB.):

[1]) RG. Bd. 28 S. 200, Bd. 45 S. 248.
[2]) GerS. Bd. 34 S. 400.
[3]) StenB. über die Verhandl. d. Nordd. Bundes Bd. 4 Anl. 427.

a) Dem § 206 als zweiten Absatz hinzuzufügen: Sind mildernde Umstände vorhanden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder auf Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen.

b) Nach erfolgter Annahme den § 211 zu streichen".

Der zweite Antrag — vom Abg. Schwarze gestellt — verlangte, für den Fall der Annahme von mildernden Umständen zu § 206 in § 206 als zweiten Absatz einzufügen[1]):

„Ist die Tötung auf das ausdrückliche und ernsthafte Verlangen des Getöteten erfolgt oder sind mildernde Umstände vorhanden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder auf Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen".

Der Antrag Laskers wurde vom Plenum abgelehnt,[2]) und damit fiel auch der Eventualantrag von Schwarzes, nachdem der Berichterstatter Evelt ausdrücklich im Laufe der Debatte gebeten hatte, das Vergehen des § 216 als selbständiges Vergehen bestehen zu lassen, und auch der Justizminister Leonhard diesem Gedanken Ausdruck gegeben hatte.[3])

Hieraus scheint hervorzugehen, daß das Plenum die Tötung auf Verlangen als delictum sui generis angesehen hat.

Horn[4]) führte hiergegen an, die Anträge seien nur deshalb abgelehnt, weil das Plenum mildernde Umstände beim Morde überhaupt nicht zulassen wollte. Was beweist er denn damit? Meiner Meinung nach sicherlich nicht, daß die Tötung auf Verlangen ein mildernder Umstand zum Morde ist, sondern vielmehr das, daß die Tötung auf Verlangen ein so eigenartiges Delikt ist, daß es, wie im Entwurf geschehen, gesonderte Behandlung — als delictum sui generis — erfordert.

Aus allen Gründen ist der herrschenden Meinung beizutreten, die die Tötung eines Verlangenden als delictum sui generis bezeichnet und folglich den Versuch — als Versuch eines Vergehens — für straflos hält.

Binding sagt in seinem Lehrbuch des Strafrechts (Bd. 1 S. 35): „Die angedrohte Strafe stempelt die Handlung (§ 216) zum Vergehen, und da das Gesetz seinen Versuch zu bedrohen verabsäumt, muß dieser leider straflos bleiben. Auch der Gedanke, die fatale Lücke dadurch auszufüllen, daß man ihn der Strafe der Körperverletzung unterstellt, ist entschieden zurückzuweisen. Denn Tötung und Körperverletzung sind wesentlich verschiedene Verbrechen. Die Einwilligung in die Tötung bedeutet jedenfalls auch Einwilligung in die dazu nötige Körperverletzung".

Dieser Ansicht ist beizupflichten. Soweit der Tötungsversuch (z. B. infolge Vorbeischießens) zu einer Verletzung nicht geführt hat, ist, wie aus den obigen Erörterungen mit Sicherheit hervorgeht, eine Bestrafung abzulehnen. Denn der Versuch „als solcher" ist straflos.

---

[1]) StenB. Bd. 2 S. 656.
[2]) StenB. Bd. 2 S. 660.
[3]) StenB. Bd. 2 S. 657.
[4]) a. a. O. S. 15.

Nun kann aber der Fall vorkommen, daß die Tötung mißlingt, durch die Handlung aber eine leichte oder schwere Körperverletzung herbeigeführt wird.

In solchen Fällen hat das Reichsgericht[1]) eine Verurteilung wegen Körperverletzung eintreten lassen.

Es begründet seine in verschiedenen Erkenntnissen ausgesprochene Ansicht folgendermaßen.

1. Bei einer Versuchsverhandlung gemäß § 216 liege sowohl subjektiv wie objektiv der Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung vor; subjektiv insofern, als derjenige, der den Vorsatz zu töten habe, auch notwendig den Vorsatz körperlich zu verletzen haben müsse.

2. Liege aber subjektiv und objektiv eine nach §§ 223 ff. strafbare Handlung vor, so sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Handlung nicht auch im konkreten Falle mit Strafe belegt werden solle.

Seien alle Bedingungen gegeben, die eine bestehende Rechtsnorm für die Bestrafung voraussetzt, so habe auch letztere einzutreten, *sofern nicht andere positive Normen die Strafe ausschlössen*. Dies sei hier nicht der Fall.

3. Die Einwilligung des Getöteten gelte nur für Tötung, nicht für Körperverletzung.[2])

4. Die Einwilligung in eine Körperverletzung sei unerheblich, da die Gesundheit zu denjenigen Gütern gehöre, an deren Erhaltung der Staat das größte Interesse habe.

Die sämtlichen Gründe, die das Reichsgericht anführt, sind aufs lebhafteste bestritten, und in der Tat sprechen sich die meisten Rechtslehrer, wenn auch aus verschiedenen Gründen, für Verwerfung der Ansicht des Reichsgerichts aus. Die Notwendigkeit, diese Frage in dem neuen Strafgesetzbuch genau zu regeln, ist daher allgemein anerkannt.

Daß der objektive Tatbestand der Körperverletzung vorliegt, ist klar; ob aber auch der subjektive, ist eine andere Frage.

Es kommt hier alles auf den Dolus des Täters an. Der Dolus des Täters geht offenbar auf Tötung. Nach Ansicht des Reichsgerichts enthält aber der Dolus der Tötung immer notwendig den der Körperverletzung; somit geht der Dolus des Tötenden auch immer auf Körperverletzung.

Wer sich auf den Standpunkt stellt, der Vorsatz umfasse nicht nur das Wollen der *Handlung*, sondern auch das Wollen des *Erfolges*, muß ohne weiteres das Vorhandensein eines auf Körperverletzung gerichteten Dolus verneinen.

---

[1]) RG. Bd. 2 S. 442, Bd. 24 S. 369, Bd. 28 S. 200.

[2]) In RG. Bd. 24 S. 369 heißt es: „Die Einwilligung des Mädchens ging auf Tötung, nicht auf Körperverletzung; eine solche hätte sie sich jedenfalls verbeten. Hier ist die Absicht von entscheidender Bedeutung. Es kann also der Annahme der Körperverletzung die Einwilligung der Verletzten, die einen ganz anderen Inhalt hatte, nicht entgegenstehen".

Ich stelle mich indessen auf den Boden der Vorstellungstheorie, nach der die Handlung gewollt, der Erfolg nur vorgestellt ist.

Es bedarf keiner Auseinandersetzung, daß die Handlung, welche den Tod zu veranlassen bestimmt war, aber nur eine Körperverletzung herbeiführte, gewollt war.

Aber hat der Tötende auch die Körperverletzung als Erfolg seiner Handlung vorausgesehen? In manchen Fällen ja; nämlich stets dann, wenn ein auf Körperverletzung gerichteter dolus eventualis vorlag, wenn der Tötende sich sagte: „Es ist möglich, daß die Tötung mißglückt; aber ich will es riskieren".

Ein direkter Vorsatz der Körperverletzung ist m. E. ausgeschlossen. v. Liszt in seinem Lehrbuch (§ 39 II) sagt, das Zusammenbestehen des auf vollständige und des auf teilweise Verletzung gerichteten Vorsatzes sei im dolus directus begrifflich unmöglich.

In allen den Fällen, in denen ein dolus eventualis auf Körperverletzung nicht vorliegt, ist demnach überhaupt kein Körperverletzungsvorsatz vorhanden.

Der dolus eventualis braucht aber durchaus nicht notwendig vorhanden zu sein.

Es ist m. E. durchaus richtig, was Beling in der ZStW. (Bd. 18 S. 285) ausführt: „Der Täter habe in dem gewöhnlichen Falle, in dem es sich um Befreiung eines Unglücklichen von seinen Leiden handele, lediglich die Vorstellung, daß er das Leiden mit dem Leben endige, aber in keiner Weise die Vorstellung, daß er möglicherweise dem anderen neue Leiden bereite. In der Mehrzahl der Fälle würde diese Vorstellung sicher den Täter von der Handlung abhalten. Es sei daher ganz unangängig, den Tötungsvorsatz als das „majus", den Körperverletzungsvorsatz als das „minus" zu betrachten".

In ähnlicher Weise äußert sich Frank[1]):

„Der Mann, der seine von Schmerzen gefolterte Frau töten und ihr so weitere Leiden ersparen wolle, wolle sie eben töten, und er hätte die auf Tötung gerichtete Handlung sicher unterlassen, wenn er vorausgesehen hätte, daß sie nur zu einer Körperverletzung führen würde. Demnach könne die im Versuchsstadium stehenbleibende Tötung auf Verlangen nur dann als vollendete Körperverletzung gestraft werden, wenn der dolus des Täters wenigstens eventuell auf Zufügung einer Körperverletzung gerichtet gewesen wäre".

Der Fall liegt hier ähnlich wie bei der Körperverletzung, die durch den operierenden Arzt — bei der wohlgelungenen Operation — herbeigeführt wird, und doch wieder etwas anders. Der operierende Arzt muß notwendig eine Körperverletzung herbeiführen. Aber hat er den Dolus der Körperverletzung?

---

[1]) a. a. O. § 216 III.

Den der „Nurkörperverletzung“ gewiß nicht; denn er verfolgt ja den Zweck der Heilung. Immerhin aber besteht die Körperverletzungshandlung direkt in der Vorstellung des Arztes, und man kann daher mit Recht sagen, der Arzt habe den Dolus der Körperverletzung.

Wer einen Verlangenden töten will, der will — wenn er sich dies überhaupt klar macht — insofern auch die hierzu notwendige Körperverletzung, aber nur *insoweit*. Er will jedenfalls nicht „nur eine Körperverletzung“. Dieser Dolus der „Nurkörperverletzung“ ist aber ein von dem Tötungsdolus grundverschiedener. Es ist daher nicht richtig, zu sagen, der Tötungsvorsatz schließe den Vorsatz der Körperverletzung in sich.

Wer den Tötungsvorsatz hat, kann den Vorsatz der „Nurkörperverletzung“ nur als dolus eventualis besitzen. Es kämen daher für eine Bestrafung der versuchten Tötung eines Verlangenden nur diese Fälle in Betracht.[1]) Daß dieses Resultat de lege ferenda nicht zu billigen ist, liegt auf der Hand.

Das Reichsgericht führt weiter aus: Liege subjektiv und objektiv eine nach §§ 223 ff. strafbare Handlung vor, so sei nach diesen Paragraphen zu strafen, *sofern nicht andere positive Normen die Strafe ausschlössen*.

Der subjektive Tatbestand der Körperverletzung liegt, wie oben nachgewiesen, durchaus nicht immer vor. Indessen ist, auch wenn er vorhanden ist, eine Bestrafung nicht gerechtfertigt, *weil eben eine andere positive Norm die Strafe ausschließt*.

Denn § 216 in Verbindung mit § 43 Abs. 2 besagt: „Der Versuch der Tötung eines Verlangenden ist straflos“.

Der Versuch der Tötung nach § 216 ist rechtlich vorhanden; daneben besteht tatsächlich die vollendete Körperverletzung. Es fragt sich, in welchem Verhältnis stehen die beiden Tatbestände zu einander?

Nehmen wir zunächst die vollendete Tötung an. Derjenige, der einen Menschen tötet, ist nicht einer Tötung und daneben noch einer Körperverletzung schuldig; denn die Handlung erfüllt zwar den Tatbestand der Tötung sowohl wie der Körperverletzung, aber der Tatbestand der Tötung umfaßt den der Körperverletzung notwendig mit. Tötung und Körperverletzung stehen also im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz.

Es kommt nur das weitergehende Gesetz, das Gesetz über Tötung in Anwendung. Die vollendete Tötung absorbiert also die Körperverletzung.

Wie verhält es sich nun mit dem Versuch?

Nach Ansicht des Reichsgerichts[2]) liegt hier keine Gesetzeskonkurrenz vor, da der Tötungsversuch nicht notwendig den Tatbestand der Körperverletzung enthalte.

---

[1]) Ebenso v. Liszt § 39 III u. § 85 III.
[2]) Ähnlich RMilG. Bd. 17 S. 165 ff.

Es ist allerdings richtig, daß eine versuchte Tötung nicht immer eine Körperverletzung enthalten muß. Wenn der Tötende vorbeischießt, so entsteht eben keine Körperverletzung, trotzdem liegt aber ein Tötungsversuch zweifellos vor. Indessen besagt dies nichts. Vergleichen wir Zweikampf und Körperverletzung! Der Zweikampf enthält auch nicht notwendig eine Körperverletzung. Wird aber im ordnungsmäßigen Zweikampf eine Körperverletzung verursacht, so fällt es niemanden ein zu deduzieren: Der Zweikampf enthält nicht notwendig eine Körperverletzung; folglich liegt nicht Gesetzeskonkurrenz, sondern Idealkonkurrenz mit der Körperverletzung vor; folglich strafen wir nicht nach den Regeln über den Zweikampf, sondern nach den härteren über Körperverletzung.

Weshalb hiernach zwischen Tötungsversuch und Körperverletzung ideale Konkurrenz bestehen soll, ist nicht ersichtlich.

Zutreffend bemerkt m. E. Ortmann,[1]) daß der subjektive Tatbestand der vollendeten sowohl wie der versuchten Tötung notwendig den Tatbestand der Körperverletzung enthalte, da ja der subjektive Tatbestand der vollendeten wie der versuchten Tötung identisch seien. Was hier von der Tötung allgemein gilt, trifft natürlich auch auf die Tötung eines Verlangenden zu.

Als Resultat dieser Erörterungen ergibt sich demnach, daß der Versuch der Tötung eines Verlangenden nicht als Körperverletzung zu bestrafen ist, sondern straflos bleiben muß.

Die weiteren Gründe, die das Reichsgericht anführt, richten sich gegen diejenigen, welche behaupten, die Einwilligung mache überhaupt jede Körperverletzung straflos, also auch die durch die fehlgeschlagene Tötungshandlung verursachte.

Sollte es sich nachweisen lassen, daß der Satz „volenti non fit injuria“ für Körperverletzungen die oben erwähnte Bedeutung hätte, so wäre damit am einfachsten die vollständige Straflosigkeit der Tötung eines Verlangenden erwiesen.

Denn die Ansicht des Reichsgerichtes,[2]) die Einwilligung gelte nur für die Tötung, nicht für die Körperverletzung, ist nicht zu billigen. Sie ist umso unverständlicher, wenn anderseits das Reichsgericht behauptet, der auf Tötung gerichtete Dolus des Täters gehe notwendig auch auf Körperverletzung. Wer mit dem Reichsgericht annimmt, daß der Tötungsdolus den Körperverletzungsdolus umschließt, der muß m. E. auch zugeben, daß wer getötet werden will, auch körperlich verletzt werden will.

Zugegeben werden muß allerdings: Wie derjenige, der töten will, nicht „nur körperlich verletzen“ will, so will auch derjenige, der getötet werden will, nicht „nur körperlich verletzt“ werden; die Körperverletzungshandlung als solche ist aber von dem Verlangenden stets erstrebt.

---

[1]) GerS. Bd. 35 S. 371.
[2]) RG. Bd. 24 S. 319.

Richtig bemerkt hierzu Kohler[1]: In einem solchen Falle könne der Verlangende vernünftigerweise dem Täter nicht die unbedingte Verantwortung dafür aufbürden, daß auch ausschließlich ein tödlicher Erfolg eintrete, er könne vielmehr billigerweise nur verlangen, daß jener eine von dem ernstlichen Vorsatz zu töten begleitete Handlung vornehme. Wer seinen Tod durch fremde Hand wolle, müsse notwendig auch die Vornahme von Ausführungshandlungen zu diesem Zwecke, also von Körperverletzungshandlungen, wollen. Es sei zu bezweifeln, ob der Verlangende dem Aufgeforderten zumuten könne, das strafrechtliche Risiko dafür zu übernehmen, daß der beabsichtigte Erfolg seiner auf Tötung gerichteten Handlung auch wirklich eintrete, denn der Auffordernde würde dadurch seinen Willen abhängig machen von einem Ereignis (dem Eintritt des Todes), das erst nach Ausführung eintreten könne.

Es bliebe nun noch die Frage zu beantworten, ob die Einwilligung in eine Körperverletzung eine straflos machende Wirkung besitze.

Diese sehr bestrittene Frage hier erörtern zu wollen, ginge aber über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus. Ich halte es auch für überflüssig, da ich bereits zu dem Resultat gekommen bin, daß der Versuch der Tötung eines Verlangenden absolut strafbar sein müsse und somit auch eine Bestrafung der in ihm enthaltenen Körperverletzung abzulehnen sei.

Richtig bemerkt m. E. Graf zu Dohna,[2] daß die lex lata über die Frage, welche Bedeutung der Einwilligung in eine Körperverletzung beizumessen sei, keinen sicheren Aufschluß gibt. Denn einerseits läßt es sich nicht bestreiten, daß der Staat wie am Leben seiner Mitglieder, so auch an ihrer körperlichen Integrität ein reges Interesse hat. Es erscheint daher nicht unangebracht, dieses Interesse des Staates bei einer mit Einwilligung verübten Körperverletzung zu berücksichtigen. Anderseits aber bietet uns die lex lata keine positive Bestimmung, die dartut, daß Körperverletzungen trotz Einwilligung des Verletzten strafbar seien. Eine Ausnahme bildet § 142, der die mit Einwilligung des Verletzten vorgenommene Körperverletzung unter Strafe stellt; doch liegt hier ein besonders schutzwürdiges Interesse des Staates, die Erhaltung der Wehrkraft, vor. Wie es sich verhält, wenn Staatsinteressen, die minder wichtig erscheinen, in Betracht kommen, ist eine offene Frage.

Man kann daher sehr wohl zu dem Schluß kommen, zu dem Zimmermann,[3] Keßler,[4] Roedenbeck[5] und Kahle[6] gelangen, daß für die lex lata die Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten

---

[1]) a. a. O. S. 100.
[2]) Rechtswidrigkeit S. 27.
[3]) GoltdArch. Bd. 29 S. 435ff.
[4]) Einwilligung des Verletzten S. 9.
[5]) Zweikampf.
[6]) Versuch der Tötung auf Verlangen.

nur in den ausdrücklich angeführten Fällen strafbar, im übrigen aber straflos sei.

Dieses Resultat ist jedenfalls materiell nicht zu billigen, und die Regelung der Frage in dem zu erwartenden Strafgesetzbuch erscheint demnach unbedingt notwendig.

In der Tat ist bei der zweiten Lesung des Entwurfs durch die Strafrechtskommission im Gegensatz zum Vorentwurf und zur ersten Lesung eine Festlegung der Bedeutung der Einwilligung bei der Körperverletzung vorgesehen. Einerseits ist bestimmt, daß bei Beleidigung und Körperverletzung infolge der Einwilligung das Antragsrecht erlischt, und anderseits, daß derjenige, der eine Körperverletzung an einem Einwilligenden begeht, nicht rechtswidrig handelt, sofern nicht die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.[1])

§ 3.

## Verhältnis des § 216 zu anderen Delikten.

§ 216 stellt, wie früher nachgewiesen, ein delictum sui generis dar; daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) § 216 zu § 213: Die Feststellung, daß für die Tötung das Verlangen des Getöteten maßgebend gewesen ist, schließt die Anwendbarkeit des § 213 aus. So die herrschende Meinung,[2]) die freilich nicht unbestritten ist. Den Gegnern ist zuzugeben, daß diese Interpretation eine Härte bedeutet, die offenbar durch ein Versehen des Gesetzgebers zustande gekommen ist.[3]) Indessen kann hier nur eine Änderung des Gesetzestextes Abhilfe schaffen.

b) § 216 zu § 215: Was von § 216 im Verhältnis zu § 213 gesagt ist, gilt auch für das Verhältnis des Paragraphen zu § 215. Der strafschärfende Umstand, daß der Getötete als Aszendent mit dem Tötenden verwandt war, ist unerheblich, sobald der Tatbestand des § 216 vorliegt. Dieses Ergebnis entspricht unserem Rechtsgefühl. Denn die verwerfliche Gesinnung, die sich im gewöhnlichen Aszendententotschlag zeigt, fällt hier weg. Der Deszendent will nur das, was der Aszendent will, und so entfällt der Grund für die Annahme des qualifizierten Totschlags.

§ 216 zu § 218 Abs. 3. Olshausen[4]) nimmt bei Tötung einer Schwangeren Idealkonkurrenz zwischen § 218 und den Tötungsdelikten an,

---

[1]) vgl. hierzu Meyer in BayZ. 1913 S. 125 u. 410.

[2]) Dagegen Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 35; Hälschner Bd. 2 S. 58; Frank § 216 Nr. III; Hartmann in GrünhutsZ. Bd. 27 S. 746; Meyer-Allfeld § 67, 4; Horn S. 51.

[3]) vgl. S. 12.

[4]) Ebenso Oppenhoff § 220 Nr. 5; Puchelt § 220 Nr. 5; Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 39; Frank § 218 Nr. 3.

sofern der Tötende den Zustand der Schwangeren gekannt hat. Es heißt, wie Horn[1]) treffend bemerkt, den Sprachgebrauch vergewaltigen, wenn man sagt, derjenige, der eine Schwangere tötet, bringe ihr Mittel zur Abtreibung oder Tötung der Leibesfrucht bei. Es liegt daher keine Idealkonkurrenz vor,[2]) und somit kommt bei Vorliegen des Verlangens nur § 216 in Anwendung.

§ 216 zu § 229:

Ist die Tötung durch Gift bewirkt, so liegt keine Idealkonkurrenz mit § 229 vor. Denn § 229 verlangt einerseits die Absicht der Gesundheitsschädigung, und diese ist bei der Tötung auf Verlangen nicht vorhanden, schließt andererseits Tötungsvorsatz aus. Auch hinsichtlich des Tötungsversuches ist daher § 229 selbst dann unanwendbar, wenn man sonst die Bestrafung der durch die mißglückte Tötung verursachten Körperverletzung für zulässig hält.

# Zweiter Teil.

## § 4.

## Geschichtliche Einleitung: Die Behandlung der Tötung auf Verlangen bis zur Gegenwart.

Die Frage, wie die Tötung eines Verlangenden im Altertum behandelt worden ist, hat nur antiquarisches Interesse. Weder bei den Römern noch bei unseren Vorfahren können wir mit Sicherheit feststellen, welche rechtliche Beurteilung das Delikt gefunden hat. Gesetzesbestimmungen hierüber haben wir nicht; auch sind uns von keinem Schriftsteller Fälle überliefert, wo wegen des fraglichen Deliktes gestraft worden wäre. Wir können daher nur Vermutungen aufstellen. Die Ansicht der meisten Rechtsgelehrten, die sich mit der Erforschung dieser Frage befaßt haben, geht dahin, daß sowohl bei den Römern als auch bei den alten Germanen die Tötung eines Verlangenden straflos gewesen sei.

Auch die erste größere Kodifikation des deutschen Strafrechts, die peinliche Gerichtsordnung Karl V. aus dem Jahre 1532, die sich im übrigen ziemlich eingehend mit den Tötungsdelikten befaßt, enthält über die Tötung eines Verlangenden nichts. Aber in der Zeit nach der Karolina setzen alsbald Erörterungen über die Frage ein. Die Kommentatoren der Karolina sind durchaus nicht darin einig, daß Tötung eines Verlangenden mangels ausdrücklicher Bestimmung in der Karolina straflos sei. Leyser z. B. will sie wie gemeine Tötung behandeln, Böhmer die Strafe des kulposen Totschlags, Link und Bastineller

[1]) a. a. O. S. 48.

[2]) vgl. Oetker, Mitteil. der Int. KrimmVer. Bd. 21 S. 265.

wollen eine außerordentliche gelinde Strafe anwenden. v. Wächter[1]) und Lion[2]) sind der Ansicht, daß das Delikt nach der Karolina straflos sei.

Das Tatbestandsmerkmal, das die Tötung auf Verlangen von dem gemeinen Morde unterscheidet, ist die Einwilligung des Verletzten. So ist es denn natürlich, daß sich der Streit bald erweiterte in einen Streit um die Geltung der Einwilligung für das Strafrecht überhaupt. Man kleidete die Streitfrage in den alten Satz Ulpians: nulla injuria est quae in volentem fiat bezw. die Rechtsparömie: Volenti non fit injuria. Mit vielem Für und Wider stritt man darum, welche Bedeutung der Satz im römischen Recht und infolge der Rezeption im mittelalterlichen deutschen Recht gehabt habe, und weiterhin auch, welche Bedeutung er heute noch habe.

Es standen sich zunächst zwei Gruppen schroff gegenüber. Die Vertreter der einen (Jarcke,[3]) Geib,[4]) Böhlau[5])) behaupten, die Einwilligung des Verletzten sei überhaupt wirkungslos, die der anderen (Feuerbach,[6]) Tittmann,[7]) in neuerer Zeit Keßler,[8]) Roedenbeck[9])), sie nehme der Handlung den Deliktscharakter.

Wie überall, so bildete sich auch hier eine vermittelnde Richtung, die der Einwilligung die Kraft, die Rechtswidrigkeit zu vernichten, nicht völlig versagte, ihre Wirksamkeit aber nur auf bestimmte Rechtsgüterverletzungen beschränkte. Man sah ein, daß bei gewissen Handlungen, z. B. bei denen, die sich gegen das Eigentum richten, ein Delikt nur vorhanden ist, wenn sie invito laeso geschehen, daß aber die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, wenn der Träger des Rechtsguts seine Einwilligung gibt. Man sah anderseits Fälle, in denen die Handlung trotz der Einwilligung des Verletzten rechtswidrig schien.

Um die Wirkung der Einwilligung in den einzelnen Fällen zu bestimmen, teilte man die Rechtsgüter ein in veräußerliche und unveräußerliche und räumte der Einwilligung nur bei den ersteren Wirkung ein. Zu den unveräußerlichen Rechten oder den Urrechten[10]) rechnen alle das Leben, so daß also die Tötung eines Einwilligenden mangels besonderer Gesetzes-

---

[1]) GerS Bd. 20 S. 5.
[2]) GoltdArch. Bd. 5 S. 463.
[3]) Handb. des gemeinen deutschen Strafrechts Bd. 1 S. 109 ff.
[4]) Lehrb. des deutschen Strafrechts Bd. 2 S. 212.
[5]) GoltdArch. Bd. 5 S. 431.
[6]) Nur in 1. Aufl. § 40, später anders.
[7]) Handb. Bd. 1 § 36.
[8]) Einwilligung des Verletzten.
[9]) Zweikampf.
[10]) Die Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten wird bekämpft von Köstlin (System des deutschen Strafrechts 1855 S. 98 ff.), der aber im übrigen auch für die Strafbarkeit der Tötung eines Verlangenden eintritt.

bestimmungen als gemeine Tötung zu bestrafen wäre. Vertreter dieser Richtung sind Abegg,[1] Berner,[2] Schütze,[3] v. Liszt.[4]

Die Streitfrage wurde, wenigstens in bezug auf Tötung, im Laufe des 19. Jahrhunderts für die meisten Gebiete Deutschlands durch besondere gesetzliche Bestimmungen, allerdings in der verschiedensten Weise, geregelt. Das „verbesserte Landrecht des Königreichs Preußen von 1721" bestraft die Tötung eines Einwilligenden als gemeinen Mord. Das preuß. allgem. Landrecht von 1794 führt als erstes Gesetzbuch eine mildere Bestrafung ein, indem es das Delikt wie Beihilfe zum Selbstmord mit 6—10jähriger Zuchthausstrafe bedroht. Bemerkenswert ist, daß das allgemeine Landrecht im § 833 bereits denjenigen Fall, der die meiste Rücksichtnahme verdient, die Tötung eines Schwerverwundeten oder Todkranken mit einer weit gelinderen Strafe — Gefängnis oder Festungshaft von 1 Monat bis zu 2 Jahren — belegt. Es geht sogar so weit, daß es in diesen Fällen auf ein Verlangen des Getöteten verzichtet, wodurch sich der sonderbare Fall ergibt, daß u. U. die Tötung wider den Willen des Getöteten eine gelindere Behandlung erfährt als die Tötung eines Einwilligenden.

Eine gelindere Bestrafung enthalten ferner die Strafgesetzbücher von Württemberg 1839, Braunschweig 1840, Hessen 1841, Nassau 1849, Baden 1849, Königreich Sachsen 1855, anders die Gesetzbücher von Bayern 1813 und 1861, Oldenburg und Österreich.

Das preuß. Gesetzbuch von 1851 übergeht die Tötung auf Verlangen mit Stillschweigen, so daß Zweifel entstanden, wie sie zu beurteilen sei. Das preuß. Obertribunal[5] stellt sich auf den Standpunkt, daß die Strafe der gemeinen Tötung anzuwenden sei. Unser geltendes Strafgesetz, sonst in der Hauptsache dem preuß. Gesetzbuch von 1851 nachgebildet, tritt wieder für mildere Bestrafung der Tötung eines Verlangenden ein, indem es in § 216 bestimmt:

„Ist der Täter durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zu der Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnisstrafe nicht unter drei Jahren zu erkennen".

Die Bestimmung ist sachlich dem sächs. Strafgesetzbuch von 1855 entnommen und in den sogen. Friedbergschen Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nachträglich aufgenommen worden, weil es, wie es in den Motiven heißt:

„dem Rechtsgefühl entspricht, daß die Tötung eines Einwilligenden, wie sie der Entwurf näher charakterisiert, nicht mit der Strafe be-

---

[1] Lehrb. § 2.
[2] Lehrb. § 34.
[3] Lehrb. Bd. 1 S. 489 ff.
[4] Lehrb. § 34.
[5] GoltdArch. Bd. 5 S. 326 ff., Bd. 1 S. 325 ff.; vgl. auch Abegg in GoltdArch. Bd. 13 S. 387 ff.

legt werde wie die gegen den Willen des Getöteten erfolgte Tötung. Aber das unbestrittene Sittengesetz, daß das Leben ein nicht veräußerliches Gut ist, läßt weder Straflosigkeit noch eine niedrig bemessene Strafe zu.

Der Entwurf hat deshalb im Anschluß an die meisten deutschen Strafgesetzbücher zwar eine besondere Bestimmung über diesen Fall aufgenommen, jedoch die Strafe auf den Mindestbetrag von drei Jahren Gefängnis festgesetzt".

Das Wesen der Rechtsordnung liegt in der Übereinstimmung der tatsächlichen Lebensverhältnisse mit den Anschauungen des Rechtes. Daraus ergibt sich für den Gesetzgeber die Pflicht, die Rechtsnormen den tatsächlichen Lebensverhältnissen möglichst anzupassen.

Der Gesetzgeber, nicht der Richter, kann in Anbetracht seines sozialen Zieles der vox populi Gehör schenken und muß es, soweit dieselbe dem Zwecke der Rechtsordnung nicht im Wege steht.

## § 5.

## Die Tötung des Verlangenden de lege ferenda.

a) § 215 VE. bestimmt:

Ist jemand durch das dringende Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter sechs Monaten zu erkennen.

Der Versuch ist strafbar.

Der sogen. Gegenentwurf behält den Tatbestand, wie er im Vorentwurf festgelegt ist, bei, setzt aber die Mindeststrafe auf 1 Tag Gefängnis herab.

Die Strafrechtskommission, deren Beschlüsse in der Deutschen Juristenzeitung[1]) veröffentlicht wurden, setzt die Mindeststrafe auf einen Tag Gefängnis fest, ändert aber das „dringende" Verlangen wieder in ein „ausdrückliches und ernstliches" ab.

Der Vorschlag Keßlers,[2]) der neuerdings wieder von Elisabeth Rupp[3]) aufgegriffen wird, den § 216 zu streichen, hat sonst nirgendwo Anklang gefunden. Ein weiteres Eingehen hierauf erübrigt sich deshalb.

Der Vorentwurf hat zunächst das bisherige Erfordernis des „ausdrücklichen und ernstlichen" Verlangens durch ein „dringendes" Verlangen ersetzt, weil, wie es in der Begründung heißt, das dringende Verlangen die Eigenschaften der Ausdrücklichkeit und Ernstlichkeit besitze und noch darüber hinaus ein weiteres Erfordernis enthalte, das gegen ein leichtfertiges Willfahren schützen solle.

---

[1]) Jahrg. 1911, 1912, 1913.
[2]) Einwilligung des Verletzten.
[3]) Das Recht auf den Tod.

Das Bestreben, die Fälle von Tötung, in denen eine milde Strafe eintreten soll, einzuschränken, ist m. E. durchaus richtig. In der Ersetzung des „ausdrücklich und ernstlich" durch „dringend" liegt eine solche Einschränkung. Es wird noch mehr als bisher darauf gesehen werden müssen, ob bei dem Getöteten wirklich ein Verlangen nach dem Tode vorlag; nur dann wird der neue Paragraph zur Anwendung gelangen dürfen, wenn der Tötende nach ernstlicher Prüfung des Zustandes des Lebensmüden die Tat vollbracht hat, ein Erfordernis, das dem Wert des Menschenlebens durchaus angepaßt ist. Leider hat die Strafrechtskommission — aus welchen Gründen, das ist nicht veröffentlicht — die alte Fassung wiederhergestellt.

Leppmann[1]) verwirft in einem Aufsatz in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft den Ausdruck „dringendes Verlangen": „Ein dringendes Verlangen kann auch das Ergebnis eines Augenblicks sein, in welchem die höchste Affektssteigung ausschlaggebend ist. Das „ausdrückliche und ernstliche" Verlangen kann auch unter Affektsabspannung erfolgen. Dem Wortsinne nach müssen ihm aber Willensäußerungen zugrunde liegen, welche über eine gewisse Zeitspanne verteilt sind und eher eine bewußte und erwogene Willensmeinung darstellen als das „dringende" Wollen, welches mit Überstürzung und Überlegtheit durchaus vereinbar ist".

Der hier von Leppmann gemachte Unterschied zwischen „dringend" und „ausdrücklich und ernstlich" will mir nicht einleuchten. Indessen dürfte es zu erwägen sein, ob man nicht die Beharrlichkeit des Verlangens zu einem weiteren Tatbestandsmerkmal machen und etwa „dringendes beharrliches" Verlangen erfordern soll.[2])

Eine Einschränkung wäre auch gerechtfertigt durch den Hauptzweck, den der Paragraph verfolgt, nämlich die altruistischen Motive des Täters zur Geltung kommen zu lassen und die egoistischen dagegen auszuschalten. Freilich, die Motive so sehr zu berücksichtigen, daß man, wie v. Liszt[3]) vorschlägt, entsprechend dem norwegischen Strafgesetzbuch sogar auf das Verlangen des Getöteten verzichtet, wenn nur der Tötende aus Mitleid mit dem hoffnungslosen Zustand des Getöteten gehandelt hat, das würde genau das Gegenteil bewirken. Eine solche Vorschrift könnte, wie die Motive zum Vorentwurf mit Recht bemerken, in schlimmster Weise gemißbraucht werden und das Leben erkrankter Personen in erheblicher Weise gefährden. Daran ändert auch die v. Liszt gemachte Einschränkung auf Anverwandte nichts.

Im übrigen scheint mir v. Lisztz Ansicht zutreffend: „Maßgebend ist zunächst das Motiv der Tat, dann aber, und zwar ausschlaggebend,

---

[1]) Bd. 32 S. 540.

[2]) Ähnlich das russische StGB. von 1903 § 390: „auf beharrlichen Wunsch des Getöteten".

[3]) Vergl. Darst. Bd. 5 S. 132 ff.

ein Zustand des Getöteten, der dieses Motiv als gerechtfertigt erscheinen läßt. Das einzige Motiv, das in Frage kommen kann, ist das Mitleid. Aber dieses Mitleid muß hervorgerufen sein durch den hoffnungslosen (körperlichen oder geistigen) Gesundheitszustand des Getöteten, also durch einen Zustand, in dem die Heilung ausgeschlossen, das Leben selbst aber eine Qual ist".

Ich möchte daher das oder in der v. Liszt'schen Formulierung durch und ersetzen und den Tatbestand etwa folgendermaßen bestimmen:

„Ist jemand durch das dringende Verlangen des Getöteten und durch den hoffnungslosen körperlichen oder geistigen Gesundheitszustand desselben zur Tötung bestimmt worden, so . . ."

Die Mindeststrafe des Vorentwurfs — 6 Monate Gefängnis — erscheint mir angemessen. Die Strafbarkeit der Tat liegt in der Mißachtung des menschlichen Lebens. „Diese Mißachtung ist auch dann gegeben, wenn der Täter aus den edelsten Motiven gehandelt hat."[1]) Dann muß man aber auch, selbst wenn der Täter aus den edelsten Motiven gehandelt, das menschliche Leben gebührend einschätzen.

Die Strafrechtskommission hat die Mindeststrafe auf 1 Tag Gefängnis festgesetzt.

Zu begrüßen ist der Abs. 2 des § 215 VE. Durch ihn wird der lange Streit über den Charakter des Delikts überflüssig und vor allen Dingen die vielfach angefochtene Rechtsprechung des Reichsgerichts bei der mißglückten Tötung für die Zukunft ausgeschlossen.

Eine Bestrafung des Versuches, der zu einer Körperverletzung geführt hat, nach den Bestimmungen über Körperverletzung ist infolge des Abs. 2 nicht mehr möglich.

Die Tötung eines Verlangenden ist ein Delikt, bei dem in vielen Fällen die näheren Umstände in ein undurchdringliches Dunkel gehüllt sein werden. Besonders bei dem klassischen Beispiel des Liebespaares — die Liebenden beschließen, gemeinsam zu sterben, aber nur der eine Teil wird getötet — dürfte es häufig schwer fallen, den Nachweis zu führen, daß ein Todesverlangen des Getöteten vorgelegen oder vielmehr daß es nicht vorgelegen habe, und somit die Bestimmungen über Tötung eines Verlangenden nicht anzuwenden seien.[2]) Gemäß dem Grundsatz in dubio pro reo ist es daher sehr wohl möglich, daß ein gemeiner Mörder mit der milden Strafe des privilegierten Delikts belegt wird.

Dies muß nach Möglichkeit vermieden werden. Der Paragraph „Tötung eines Verlangenden" muß daher eine solche Fassung erhalten, daß zwar wirklich edle Motive ihren Schutz finden, anderseits ein Mißbrauch möglichst ausgeschlossen ist.

---

[1]) v. Liszt, Vergl. Darst. Bd. 5 S. 139.

[2]) Ein solcher Fall gelangte noch neuerdings vor der Strafkammer in Duisburg (Sitzung v. 12. 12. 1913) zur Aburteilung.

Jedenfalls muß der Strafrahmen, auch nach oben hin, ein möglichst weiter sein.

Zu einem überraschenden Resultat führt uns eine Betrachtung von Elisabeth Rupp: „Das Recht auf den Tod".

Rupp deduziert folgendermaßen:

Eine Verletzung ist nur da gegeben, wo Wille gegen Wille steht und schädigendes Eindringen in eine fremde Willenssphäre stattgefunden hat. Bei Selbstverletzung ist der angegriffene und der leidende Wille ein und derselbe, ein Übergriff in andere Sphären liegt nicht vor. Der Staat ist nicht verletzt, denn der Staat ist nicht berechtigt, den einzelnen zu beschränken, solange das Ich nicht in die Sphäre des Nichtich hinaustritt. Daher hat der einzelne nicht die Pflicht, sein Leben der Allgemeinheit zu erhalten, daher ist der Selbstmord straflos. Bei der Tötung eines Einwilligenden liegt ein Eindringen in eine fremde Rechtssphäre ebenfalls nicht vor; denn in Wirklichkeit verletzt nur der Verletzte sich selbst. Der Täter hat bei der Ausführung der Tat keinen eigenen, sondern einen geliehenen oder mit dem seinen identifizierten Willen zum Triebgrund; er handelt grundsätzlich als Werkzeug, leistet also strenggenommen höchstens Beihilfe, und als Gehilfe zur straflosen Tat des Selbstmordes müßte er gerade straflos bleiben.

Nein, wenn der Tötende keinen eigenen Willen hat, dann ist er auch nicht Gehilfe, sondern eben nur Werkzeug.

Die von Rupp hier vertretene krasse Form des Determinismus ist nicht anzuerkennen. Der Wille des Tötenden ist frei, wenn auch beeinflußt.

b) Tötung eines Verlangenden und Teilnahme am Selbstmord sind nicht ein und dasselbe, aber sie sind miteinander verwandt. Wer dem Lebensmüden den Strick darreicht, wer ihm die Schlinge um den Hals legt, leistet Beihilfe zum Selbstmord; wer die Schlinge zuzieht, tötet einen Einwilligenden.

Es liegt daher sehr nahe, diese beiden Handlungen gemeinsam zu betrachten, und ich glaube dies, ohne von meinem Thema abzuweichen, tun zu dürfen oder tun zu müssen, zumal da die Begründung zu § 215 VE. in dieser Hinsicht vorangegangen ist und auch sonst in der strafrechtlichen Literatur diese beiden ineinander fließenden Delikte häufig zusammen erörtert werden.[1])

Nach unserem geltenden Strafgesetzbuch — der Vorentwurf hält ebenfalls daran fest — ist Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord straflos, während Tötung auf Verlangen unter Strafe gestellt ist.

---

[1]) So fordert z. B. Straßmann auf der Hauptversammlung des Preußischen Medizinalbeamtenvereins Berlin (22. u. 23. 4. 1910) Bestrafung der Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord, da eine scharfe Trennung zwischen Teilnahme am Selbstmord und Tötung auf ausdrückliches Verlangen kaum möglich sei.

Wenn nun die enge Verwandtschaft zwischen Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Selbstmord sich nicht leugnen läßt, warum soll die eine Handlung straflos sein, die andere dagegen nicht?

Man antwortet: Weil der Selbstmord selbst keine strafbare Tat ist, da er weder ein Individualrecht noch ein Recht des Staates verletzt.

Auf die Behauptung, der Selbstmord sei durchaus erlaubt, will ich nicht eingehen; es würde zu weit führen.

Der Selbstmord ist aber jedenfalls eine von der Allgemeinheit mißbilligte Erscheinung.

Der Staat hat an der Verhinderung des Selbstmordes ein großes Interesse. Wäre es wahr, daß der Selbstmord nichts ist als ein Reinigungsprozeß,[1]) durch den die für den Staat sowieso unbrauchbaren Mitglieder ausgeschieden werden, warum ist man denn darin einig, daß die Zunahme der Selbstmorde ein höchst bedenkliches Zeichen unserer Kulturentwicklung ist, und daß das Anwachsen der Selbstmordziffer mit allen Mitteln verhindert werden müsse? Wenn der Selbstmord wirklich nichts anderes ist als Reinigung des Staates von unsauberen Elementen, wozu brauchen wir dann mit allen Kräften daran zu arbeiten, seine Zunahme zu verhindern!

Der Selbstmord bleibt nur aus Gründen straflos, die in der Person des Selbstmörders liegen. Es ist also kein Grund vorhanden, auch dem Teilnehmer die Mißachtung des Menschenlebens straflos hingehen zu lassen, zumal dann nicht, wenn man, wie es der Vorentwurf tut, die Tötung eines Verlangenden unter Strafe stellt. Genau wie bei der Tötung eines Verlangenden stellt die Teilnahme am Selbstmord eine Mißachtung des menschlichen Lebens dar. Die Hochhaltung des Menschenlebens ist aber eine wesentliche Existenzbedingung der sittlich-sozialen Gemeinschaft. Der Staat ist daher vollauf berechtigt, ihre Verletzung — sei es durch Tötung auf Verlangen oder Selbstmord — zu ahnden. Mit Recht bemerkt Kohler[2]):

„Sollte derjenige, welcher einen Todkranken auf sein inständiges Bitten durch eine Injektion aus dieser Welt befördert, gestraft werden, nicht aber derjenige, welcher einen Lebenslustigen durch ständige Ein- und Zuflüsterung, durch physische und psychische Aufregungen in Selbstmordgedanken versetzt, durch falsche Nachrichten sein Leben knickt, und nachdem er ihn auf diese Weise vorbereitet hat, ihm die schwärzesten Selbstmordgedanken einflößt, ihm auch die Mittel des Selbstmordes bereit legt?"

Es gibt ja freilich auch Fälle von Teilnahme am Selbstmord, die wir verstehen, ja verzeihlich finden können. Ist es aber bei der Tötung eines Verlangenden nicht ebenso?

---

[1]) vgl. Unger, Der Selbstmord usw. S. 21 ff.
[2]) Studien S. 145.

Durch die Bestrafung der Teilnahme am Selbstmord würde außerdem, worauf Hafter[1]) hinweist, einer starken Rechtsunsicherheit in diesen Dingen ein Ende bereitet. Für das geltende deutsche Recht lassen sich nämlich drei verschiedene Auffassungen feststellen:

Strafloſigkeit mangels gesetzlicher Bestimmung — die herrschende Meinung — Behandlung der Anstiftung als Täterschaft (Binding), Strafbarkeit der Teilnehmer allgemein unter dem Gesichtspunkte der mittelbaren Täterschaft (Kohler).

Es sprechen aber auch Tatsachen gegen die Bestrafung der Teilnahme am Selbstmord:

Der Vorentwurf lehnt die Bestrafung der Teilnahme am Selbstmord ab, weil Fälle dieser Art anscheinend selten vorkämen, anderseits aber die Einführung einer Strafbestimmung unbegründete Verfolgungen der Angehörigen, die durch den Selbstmord an sich schon schwer getroffen seien, nach sich ziehen würde.

Hafter[2]) bemerkt hierzu:

Mit solchen die hier auftauchenden kriminalpolitischen Fragen gar nicht abwägenden Gründen stellt sich der deutsche Vorentwurf einer Entwicklung entgegen, die seit dem preuß. Landrecht und den deutschen Partikulargesetzgebungen des 19. Jahrhunderts unabläſſig dahin zu zielen schien, einen solchen Tatbestand aufzustellen.[3]) Nach den Feststellungen v. Liszts wären nur noch Frankreich, Belgien und die von diesen unmittelbar beeinflußten Rechte, ferner Schweden und das Deutsche Reich ohne einen Straftatbestand „Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord". Es ist dringend zu wünschen, daß auch der deutsche Gesetzgeber sich noch zur Übernahme einer solchen Bestimmung entschließt.

Die Gründe, die der Vorentwurf gegen die Bestrafung der Teilnahme am Selbstmord anführt, können m. E. nicht ohne weiteres abgewiesen werden.

Die Möglichkeit einer grundlosen Verfolgung der Angehörigen des Selbstmörders dürfte man wohl als wichtigen Grund gegen die Einführung der Bestrafung der Teilnahme am Selbstmord gelten lassen, selbst wenn man nicht verkennt, daß die Teilnahme am Selbstmord an sich strafwürdig ist. Es fragt sich dann, ob andere Gründe den Staat veranlassen können, diese Rücksicht auf die Angehörigen des Selbstmörders außer acht zu lassen.

Ein solcher Grund wäre ohne Zweifel das öftere Vorkommen der Teilnahme am Selbstmord. Der Vorentwurf behauptet, Fälle dieser Art kämen anscheinend nur selten vor. Ob diese Behauptung richtig ist, läßt sich äußerst schwer feststellen. Die Selbstmordstatistik gibt uns keinen

---

[1]) Monatsschr. f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Bd. 8 S. 400.
[2]) a. a. O. S. 397.
[3]) vgl. v. Liszt, Vergl. Darst. Bes. Teil V S. 135 ff.

Aufschluß über die Frage. Wir haben zwar eine Statistik der Motive beim Selbstmord oder, wie Wagner sagt, eine „Statistik der Meinungen über Motive".

Ein besseres Ergebnis könnte uns schon die Statistik eines Landes geben, in dem die Teilnahme am Selbstmord unter Strafe gestellt ist.

Ich habe mich bemüht, die englischen Verhältnisse in dieser Beziehung zu prüfen.

Die englische Kriminalstatistik für 1911 [1]) weist 3563 Bestrafungen wegen versuchten Selbstmordes nach. Fälle von Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord sind in der sonst ausführlichen Statistik nicht zu finden. Indessen ist hieraus nicht zu schließen, daß Fälle der Teilnahme am Selbstmord nicht vorgekommen wären. Die Teilnahme am Selbstmord ist nämlich nach englischem Recht als accessory before the fact als Mord zu behandeln.[2]) Infolgedessen sind die etwa zur Aburteilung gelangten Fälle der Teilnahme am Selbstmord unter der Rubrik „murder" zusammen mit den Fällen des „echten" Mordes und der mordähnlichen Delikte aufgeführt. Auf eine Anfrage beim „Statistical Branche of Home Office" wurde diese Vermutung bestätigt [3]) und zugleich mitgeteilt, daß Fälle von Teilnahme am Selbstmord vorgekommen sein könnten, ihre Zahl aber jedenfalls sehr gering sei.

Man kann m. E. den Gründen, die der Vorentwurf für die Ablehnung der Bestrafung bringt, die Berechtigung nicht versagen. Anderseits ist auch die Forderung der Bestrafung der Teilnahme am Selbstmord, wie oben gezeigt, nicht unbegründet, und die herrschende Meinung spricht sich sogar für die Bestrafung des Delikts aus.

Der Gegenentwurf sieht Bestrafung der Anstiftung zum vollendeten oder versuchten Selbstmord vor; die Beihilfe will er nicht unter Strafe gestellt wissen. Doch ist m. E. eine Scheidung zwischen der Anstiftung und der Beihilfe in diesem Falle nicht angebracht. Die Bereitstellung der Mittel z. B. kann für den Entschluß zum Selbstmord maßgebend sein, ohne daß der Tatbestand der Anstiftung zu konstruieren wäre.

v. Liszt (S. 140) will nur bei vollendetem Selbstmord strafen, und zwar, weil man bei versuchtem Selbstmord gezwungen wäre, den Lebensmüden als Zeugen seine Seelenkämpfe dem Richter und dem sensationslüsternen Publikum vortragen zu lassen. Entscheidend kann dieses Moment für die Frage der Bestrafung nicht sein. Das staatliche Interesse an der

---

[1]) Statistics relating to criminal proceedings, Police, Coroners, Prisons, Reformatory and Industrial Schools and criminal Lunatics for the year 1911 (Judiciae Statistics England and Wales 1911 Part. I Criminal-Statistics).

[2]) Accessories and Abettors Act, 1861; vgl. auch Archbold, Plaeding and Evidence, in Criminal Cases. 21, ed. Stephen, Digests of the Criminal Law. art. 227. Schuster, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung Bd. 1: Das Strafrecht Europas S. 650.

[3]) s. Anlage.

Bestrafung fällt hiergegen in die Wagschale. Auch bei anderen Delikten wie Erpressung, Notzucht, Schändung befindet sich der Verletzte in einer ähnlichen peinlichen Lage.

Will man eine Bestrafung der Teilnahme am Selbstmord eintreten lassen, so dürfte das Strafmaß im allgemeinen dem der Tötung auf Verlangen anzupassen sein, vielleicht wäre aber eine schwerere Höchststrafe zu befürworten. Denn Anstiftung zum Selbstmord, ihrer Intensität nach gesteigert, wird zur Tötung eines Einwilligenden oder zum Mord. Das letztere trifft besonders dann zu, wenn der Selbstmörder sich zur Zeit der Anstiftung in einem krankhaften Geisteszustande befand. War er in dem Zeitpunkt der Anstiftung bereits vollständig unzurechnungsfähig, so liegt überhaupt nicht Anstiftung zum Selbstmord vor, sondern Mord. Es fehlt also bei der Anstiftung zum Selbstmord unter Umständen nur wenig zum Tatbestand des Mordes, und dieser Tatsache könnte in dem erweiterten Strafrahmen Rechnung getragen werden.

## § 6.

## Schlußbemerkung.

Unser geltendes Recht vertritt im allgemeinen, wenn auch nicht ausschließlich — man denke an die Bestrafung Jugendlicher, die Überweisung an die Landespolizeibehörde usw. — den Standpunkt der Vergeltungsstrafe. Es wird gestraft quia peccatum est et ne peccetur.

Heute verlangt eine große Anzahl von Strafrechtslehrern, die sogen. moderne Schule, die Abschaffung dieses Straffystems und will dasselbe ersetzt wissen durch ein auf der Theorie der Besserungs- bezw. der Schutzstrafe aufgebautes Straffystem. Dem Verbrecher soll nicht mehr vergolten, sondern er soll gebessert und, falls er sich als unverbesserlich erweist, unschädlich gemacht werden. Die Vertreter dieser Schule verwerfen den Sühnegedanken unbedingt. Und doch kann die moderne Schule in manchen Fällen, in denen sie straft, die Strafe überhaupt nicht rechtfertigen. Ein Beispiel: Tötung auf Verlangen.

Wer einen anderen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen tötet, ist gewiß ein „Augenblicksverbrecher". Unverbesserlich ist er auch sicher nicht. Die Gesinnung ist nicht gemeingefährlich. Er kommt auch wohl kaum je wieder in die Lage das Delikt wiederholen zu können. Das Richtige vom Standpunkt der modernen Schule aus wäre also, ihn straflos zu lassen.

Das aber verlangt selbst einer der Hauptvertreter dieser Schule — v. Liszt[1]) — nicht einmal.

---

[1]) v. Liszt nimmt allerdings in mancher Beziehung einen vermittelnden Standpunkt ein.

Weshalb aber sollen wir strafen? Weil der Tötende eine Mißachtung des Menschenlebens gezeigt hat und damit er und andere von gleicher Tat abgeschreckt werden. Also nicht nur Besserung, sondern auch Vergeltung, nicht nur Spezialprävention, sondern auch Generalprävention.

Wenn die moderne Schule vorzüglich bessern will, so ist das sicherlich nicht falsch. Mancher Augenblicksverbrecher wird vielleicht dadurch von dem Schicksal bewahrt, ein Gewohnheitsverbrecher zu werden. Aber sie darf doch nicht darauf verzichten, auch strafen zu wollen; denn dadurch stellt sie den ganzen Erfolg wieder in Frage. Sie begibt sich dann des nicht zu unterschätzenden Strafzwecks der Generalprävention, wie sie Oetker[1]) charakterisiert als „die pflichtbekräftigende, belehrende, warnende, genugtuende, den Wert des Rechtsgutes, die Heiligkeit der Rechtspflicht, die Verwerflichkeit des Rechtsbruchs einprägende, bekräftigende Funktion der Strafe, mit Vergeltung organisch verbunden".

Die Generalprävention verliert jedenfalls ihre Kraft, wenn die „Strafe" keine Strafe mehr ist.

Der Vergeltungsgedanke kann bei der Strafe nicht völlig ausgeschaltet werden.

Es läßt sich nicht leugnen, daß der Wille des Menschen durch Charakteranlagen, Leidenschaften, äußere Einwirkungen beeinflußt wird, aber frei ist der Wille darum doch in dem jeweiligen Entschluß. Daher ist der Mensch schuldig, wenn er ein Delikt begeht, daher strafbar, nicht nur besserungsbedürftig.

Das Richtige in dem Streit der Theorien dürfte wohl wieder, wie meistens, in der Mitte liegen. Vergelten müssen wir, aber nicht nur vergelten sondern auch bessern.

„Nicht lediglich vorzubeugen, sondern zu vergelten und noch mehr zu verhüten, ist die Zukunftsaufgabe." [2])

# Dritter Teil.

## § 7.

## Die prozessuale Behandlung der Tötung eines Verlangenden.

Der Regel nach gelangt die Tötung auf Verlangen vor der Strafkammer zur Aburteilung. Denn die Strafkammern sind nach § 73 Abs. 1 StPO. zuständig für diejenigen Vergehen, die nicht zur Zuständigkeit des Schöffengerichtes gehören, d. h. für diejenigen Vergehen, die mit

[1]) GerS. Bd. 78 S. 101.
[2]) Oetker a. a. O. S. 116.

höherer Strafe als drei Monate Gefängnis oder 600 Mk. Geldstrafe bedroht sind. Ein solches Vergehen ist die Tötung auf Verlangen. Die Strafkammern sind also zuständig.

Wenn man allerdings, entgegen der herrschenden Meinung, das Delikt des § 216 als Mord oder Totschlag mit mildernden Umständen auffaßt, könnte auch an die Zuständigkeit des Schwurgerichtes gedacht werden.

Immer aber kann es vorkommen, daß die Aburteilung des Delikts nicht vor der Strafkammer, sondern vor dem Schwurgericht erfolgt. Dieser Fall tritt dann ein, wenn in der Voruntersuchung das Charakteristikum des § 216, das Verlangen des Getöteten, nicht erkannt worden ist, aber auch dann, wenn es zwar erkannt, aber für unerheblich bezüglich der Kompetenzfrage gehalten worden ist. Dieser letztere Fall wird bei der gewöhnlichen Tötung eines Verlangenden nicht eintreten. Er könnte aber z. B. beim Aszendententotschlag vorkommen, wenn das eröffnende Gericht die Voraussetzungen des § 216 zwar konstatiert, sie aber zu Unrecht auf das qualifizierte Tötungsdelikt des Aszendententotschlags nicht mitbezogen hat. Das Gericht hat zwar nach § 6 StPO. seine sachliche Zuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen, jedoch darf es sich nach § 269 StPO. in der Hauptverhandlung nicht deshalb für unzuständig erklären, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehört. Die Verhandlung und Aburteilung findet somit vor dem Schwurgericht statt.

Das Verfahren vor den Schwurgerichten kennzeichnet sich dadurch, daß die Schuldfrage, obschon sie im wesentlichen eine Rechtsfrage ist, nicht in der Hand rechtskundiger Juristen, sondern in der Hand von Laien liegt. Laien haben die Subsumtion des Tatbestandes unter den Paragraphen des Strafgesetzbuches vorzunehmen. Dem rechtskundigen Richter ist nur das Recht und die Pflicht geblieben, die Geschworenen über die Rechtslage zu belehren. Die Geschworenen entscheiden über das Schuldig oder Nichtschuldig, und zwar durch Beantwortung der ihnen vorgelegten Fragen. Die Art der Fragestellung im Einzelfalle — welche Fragen vorgelegt werden und in welcher Reihenfolge sie vorgelegt werden ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung, zumal, wie gesagt, ausschließlich Nichtjuristen ihre Beantwortung obliegt. Gerade in unserem Falle — Tötung eines Verlangenden — hängt von der Fragestellung unter Umständen viel ab.

Die Strafprozeßordnung unterscheidet drei Arten von Fragen an die Geschworenen: die Hauptfrage, die Hilfsfrage und die Nebenfrage.

Die Hauptfrage muß die dem Angeklagten nach dem Eröffnungsbeschluß zur Last gelegte Tat enthalten, und zwar mit den gesetzlichen Merkmalen.

Die Hilfsfrage ist zu stellen, wenn nach der Beweiserhebung eine von dem Eröffnungsbeschluß abweichende Beurteilung der Tat möglich erscheint.

Die Nebenfrage endlich ist zu stellen über Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe, über Umstände, welche die bereits eingetretene Strafbarkeit wiederaufheben (Beispiel: tätige Reue), über vorhandene Einsicht bei Jugendlichen und Taubstummen und über das Vorliegen mildernder Umstände.

Ob in unserem Falle, in welchem in dem Eröffnungsbeschluß dem Angeklagten nicht ein Vergehen nach § 216, sondern etwa Mord oder Totschlag zur Last gelegt wurde, eine Hauptfrage wegen Mordes bezw. Totschlags zu stellen und alsdann die Klagbesserung des Eröffnungsbeschlusses durch eine Hilfsfrage oder durch eine Nebenfrage herbeizuführen sei, diese Frage ist sehr bestritten. Es ist übrigens, wie man wohl meinen könnte, durchaus kein Streit um des Kaisers Bart. Oetker[1]) weist nach, daß durch unrichtige Fragestellung der Fall eintreten könne, daß ein Angeklagter mit 4 Stimmen zum Tode verurteilt wird. Hierauf komme ich noch später zurück.

Nach dem Wortlaut des § 293 StPO. wäre also zunächst eine Hauptfrage zu stellen, welche die in dem Eröffnungsbeschluß dem Angeklagten zur Last gelegte Tat enthält, also etwa eine Hauptfrage auf Mord. Ob es nicht angebracht wäre, dem Vorschlage Oetkers entsprechend in zweckmäßiger Auslegung des § 294 Abs. 2 StPO. eine Änderung eintreten zu lassen, möge einstweilen dahingestellt bleiben.

Es würde sich dann weiter fragen: Ist wegen des Verlangens des Getöteten, durch welches eine vom Eröffnungsbeschluß abweichende Beurteilung der Tat herbeigeführt wird, eine Hilfsfrage oder eine Nebenfrage zu stellen?

Zunächst möge festgestellt werden, daß bei Vorliegen eines Privilegierungsgrundes eine Wahl zwischen beiden nicht möglich ist; es ist immer nur entweder die Hilfsfrage oder die Nebenfrage anzuwenden. Denn die Nebenfrage enthält immer Tatumstände, die Hilfsfrage dagegen Tatbestände.

Mit dieser Feststellung kommen wir gleichzeitig zu dem entscheidenden Punkt: Ist das Verlangen in § 216 strafmildernder Tatumstand zu einem anderen Delikt oder ist es ein Tatbestand, der ein eigenartiges, ein neues, selbständiges Delikt begründet? Mit anderen Worten: Ist die Tötung eines Verlangenden ein delictum sui generis?

Mit der Lösung dieser Frage ist auch die andere, ob Hilfsfrage oder Nebenfrage, erledigt. Denn die Hilfsfrage ist immer eine klagbessernde Hauptfrage. Ihr Inhalt kann demnach nur ein anderes Delikt sein als das in dem Eröffnungsbeschluß angegebene, d. h. ein vollständig neues Delikt, das mit dem alten nichts zu tun hat.[2]) Hieraus ergibt sich um-

[1]) Oetker, Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten S. 168.

[2]) vgl. die Mot. zu § 294 (§ 252 des Entw.): „Die Hilfsfragen sollen dazu dienen, den Geschworenen die Erfüllung ihrer Aufgabe auch in den Fällen zu ermöglichen, wo zur Wahrung der materiellen Gerechtigkeit die Gesichtspunkte der

gekehrt: Stellt sich die Tat des Angeklagten im Laufe der Hauptverhandlung als ein vollständig anderes Delikt, als ein delictum sui generis im Verhältnis zu dem im Eröffnungsbeschluß angeführten Delikt dar, so muß durch die neue Betrachtungsweise der Tat notwendig eine Klagebesserung hervorgerufen werden. Das für die Klagebesserung geschaffene Institut aber ist die Hilfsfrage. Folglich ist wegen eines delictum sui generis eine Hilfsfrage, keine Nebenfrage zu stellen.

Daß die Tötung eines Verlangenden ein delictum sui generis ist, habe ich bereits früher gezeigt. Derselben Ansicht ist das Reichsgericht.[1]) Aber das Reichsgericht macht dann eine nicht zu billigende Einschränkung. Es erkennt einerseits die Tötung auf Verlangen als delictum sui generis an,[2]) behauptet aber andererseits,[3]) das Verlangen des Getöteten stelle in prozessualer Hinsicht nur einen strafmildernden Umstand dar; es sei demgemäß eine Nebenfrage, keine Hilfsfrage zu stellen.

Diese Ansicht des Reichsgerichts ist ähnlich seiner Auffassung von dem Verhältnis zwischen Mord und Totschlag.[4]) Totschlag ist Mord mit dem mildernden Umstand „ohne Überlegung," deshalb Stellung einer Nebenfrage.

Totschlag ist kein Mord, auch nicht Mord ohne Überlegung. Er könnte es höchstens dann sein, wenn zu den Tatbestandsmerkmalen des Mordes noch ein weiterer strafmildernder Tatumstand hinzukäme. Das ist aber nicht der Fall; es fällt vielmehr ein Tatbestandsmerkmal weg, und somit ist das Delikt des Mordes überhaupt nicht mehr vorhanden.

Totschlag und Mord sind vielmehr Unterarten eines übergeordneten Begriffs Tötung. Diesen Allgemeinbegriff Tötung kennt das Strafgesetzbuch aber nicht, und deshalb ist auch eine auf Tötung gehende Hauptfrage, zu der dann die Nebenfrage wegen des Umstandes „ohne Überlegung" treten könnte, ausgeschlossen.

Deshalb kann höchstens eine Hauptfrage auf Mord, eine Hilfsfrage auf Totschlag gestellt werden.[5]) Richtiger freilich ist meines Erachtens

---

Anklage nach den Ergebnissen der Hauptverhandlung modifiziert werden müssen. Sie sind ihrem Wesen nach Hauptfragen, weil sie gleich diesen und im Gegensatz zu den Nebenfragen für sich allein den vollen Tatbestand einer strafbaren Handlung umfassen." (Hahn, Die ges. Mat. z. StPO. S. 226). Ebenso Löwe S. 783: „Die Hilfsfragen sind ihrem Wesen nach Hauptfragen. Während aber die Hauptfrage (im Sinne der StPO.) hinsichtlich der strafrechtlichen Qualifizierung der Tat dem Eröffnungsbeschlusse entspricht, bringt die Hilfsfrage die Tat unter einen anderen strafrechtlichen Gesichtspunkt, und zwar setzt der Begriff der Hilfsfrage weiter voraus, daß die verschiedenen strafrechtlichen Gesichtspunkte sich wechselseitig ausschließen, daß also der eine der prinzipale, der andere der eventuelle oder subsidiäre ist. Die nachstehende ist nur zu beantworten, wenn die voranstehende verneint ist".

[1]) RG. Bd. 28 S. 200 ff., Bd. 45 S. 248.
[2]) RG. Bd. 28 S. 200.
[3]) RG. II v. 21. 11. 1911, Bd. 45 S. 248.
[4]) RG. Bd. 31 S. 253.
[5]) So Rosenfeld S. 384.

die Ansicht Oetkers, es sei nur eine Hauptfrage zu stellen. Denn da § 305 StPO. den Geschworenen erlaubt, die ihnen vorgelegten Fragen teilweise zu bejahen, teilweise zu verneinen, so ist durch die Verneinung des Merkmals der Überlegung tatsächlich bereits der Totschlag festgestellt und eine diesbezügliche weitere Frage zum mindesten überflüssig.

Was nun bereits oben vom Totschlag im Verhältnis zum Mord gesagt wurde, das gilt auch von der Tötung auf Verlangen. Das Delikt des § 216 ist nicht Mord auf Verlangen, sondern Tötung auf Verlangen, d. h. da Tötung sowohl Mord als auch Totschlag sein kann, Mord oder Totschlag auf Verlangen. Auch hier könnte, wenn man eine Nebenfrage stellen wollte, die Hauptfrage nur auf Tötung lauten, den Begriff Tötung kennt das Strafgesetzbuch nicht, somit ist diese Hauptfrage unmöglich.

Richtig bemerkt hierzu Tuchmann,[1]) wolle man die Hauptfrage auf Mord stellen und das Verlangen des Getöteten in einer Nebenfrage unterbringen, so würde man in den Tatbestand des § 216 die Überlegung des Täters interpolieren und umgekehrt bei Feststellung von Totschlag diese Überlegung eliminieren, während der Gesetzgeber nicht ohne Absicht auf den Tatbestand des § 216 sowohl auf Mord wie auf Totschlag bezogen habe.

„Der Begriff des strafvermindernden Umstandes im Sinne des § 295 StPO." — sagt Oetker[2]) — „kann nur aus dem materiellen Recht gewonnen werden, und es geht nicht an und führt zu verkehrten Abstimmungsergebnissen, unter Zerschlagung selbständiger materieller Tatbestände künstlich Strafmilderungsgründe zu konstruieren".[3])

Wie recht Oetker hat, wenn er von verkehrten Abstimmungsergebnissen spricht, zeigt das von ihm angeführte Beispiel[4]):

Es erachten für vorliegend:

a) Mord: 4 Geschworene,

b) Tötung mit Überlegung: 4 Geschworene (aber auf Verlangen des Getöteten),

c) Tötung ohne Überlegung: 4 Geschworene.

Das Verdikt könnte daher niemals auf Mord lauten; denn für Mord stimmen nur 4 Geschworene, aber man betrachte das Ergebnis, das die falsche Fragestellung zeitigen kann:

Hauptfrage:

Ist der Angeklagte schuldig, den X vorsätzlich getötet zu haben, und zwar indem er diese Tötung mit Überlegung ausgeführt hat (§ 211 StGB.)?

---

[1]) a. a. O. S. 44.

[2]) a. a. O. S. 169.

[3]) Gegen die Ansicht des Reichsgerichts außerdem noch: Rosenfeld, Lehrb. § 96; Benecke-Beling, Lehrb. S. 555; Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216 StGB. S. 31; Löwe S. 791.

[4]) a. a. O. S. 168.

Ja: a + b = 8 Geschworene.
Nein: c = 4 Geschworene.
Nebenfrage:
Im Falle der Bejahung der ersten Frage: Ist der Angeklagte durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zu der Tötung bestimmt worden (§ 216 StGB.)?
Ja: b = 4 Geschworene.
Nein: a + c = 8 Geschworene.
Urteil:
Der Angeklagte ist des Mordes schuldig!
In Wirklichkeit sind 4 Geschworene für Mord!

Aber auch mit Anwendung von Haupt- und Hilfsfrage kommen wir nicht immer aus. Auch in diesem Falle würde das Verdikt in obigem Beispiele auf Mord lauten. Denn die Bejahung der Hauptfrage stellt das Vorhandensein eines ganz bestimmten Delikts fest. Die Hilfsfrage wird dadurch ausgeschlossen. Um das ungerechte Urteil verhindern zu können, muß also noch in anderer Weise vorgebeugt werden.

Eine solche Vorbeugungsmaßregel hat die Strafprozeßordnung in § 294 für einen anderen Fall getroffen, nämlich für den Fall, daß der Tatbestand der Hilfsfrage im Verhältnis zu dem Tatbestande des Anklagebeschlusses eine erhöhte Strafbarkeit begründet.

In diesem Falle muß die Hilfsfrage der Hauptfrage vorangehen, weil, wie es in den Motiven zu § 262 heißt, „im umgekehrten Falle das Ergebnis der Beratung der Geschworenen aus dem Spruche nicht zuverlässig erkennbar würde".[1])

Daß es nicht richtig ist, die Umstellung von Haupt- und Hilfsfrage nur zuzulassen, wenn der in der Hilfsfrage angeführte Tatbestand eine erhöhte Strafbarkeit begründet, zeigt unser Beispiel. Wer sollte daraus, daß 8 Stimmen für Mord votieren, erkennen, daß nur 4 für Mord votieren wollen?

Woher kommt dieses unglaubliche Ergebnis? Den 4 Geschworenen, die Tötung auf Verlangen annehmen, lag nichts ferner, als für Mord zu stimmen; durch die Reihenfolge der Fragen aber ist ihnen die Möglichkeit genommen worden, ihre Meinung vollständig zu äußern. Die Reihenfolge der Fragen ist unlogisch. § 216 enthält ein privilegiertes Delikt, und zwar ein solches, bei dem es gleichgültig ist, ob die Tötungshandlung mit oder ohne Überlegung vorgenommen worden ist. Die beiden Grunddelikte, Mord und Totschlag, sind beide in der Tötung auf Verlangen enthalten. Ob nun aber einfacher Mord (ohne vorliegendes Verlangen) oder einfacher Totschlag vorliegt, darnach kann vernünftigerweise erst gefragt werden, wenn entschieden worden ist, daß das Tatbestandsmerkmal des Verlangens nicht vorliegt. Wird aber zuerst nach den Grunddelikten gefragt, so wird sich notwendig ein falsches Bild ergeben.

[1]) Hahn, Die ges. Mat. z. StPO. S. 226.

Alle Geschworenen, die Tötung auf Verlangen annehmen, müssen sich, wenn in der Frage das Verlangen ausgeschaltet ist, für Tötung mit überlegter Ausführung oder Tötung ohne überlegte Ausführung, d. h. für Mord oder Totschlag entscheiden. Dadurch, daß nun dem Mord bezw. Totschlag Stimmen zugezählt werden, die ihm gar nicht zukommen, kann die erforderliche Zweidrittelmehrheit zustande kommen, wodurch dann die Hilfsfrage nach § 216 nicht mehr zur Entscheidung gelangt.

Mit Recht bemerkt deshalb Graf zu Dohna,[1]) die Formulierung und die Reihenfolge der Fragen müsse sich nach den Gesetzen der Logik richten. Er tritt infolgedessen auch der von Oetker[2]) und Rosenfeld[3]) vertretenen Meinung bei, daß wenn ein delictum sui generis den Tatbestand zweier Grunddelikte umfasse, trotz oder vielmehr wegen § 294 Abs. 2 eine Umstellung von Haupt- und Hilfsfrage erfolgen müsse.[4])

Infolge der Umstellung der Fragen kann sich der merkwürdige Fall ergeben, daß das privilegierte Delikt zuerst verneint, dann aber noch nachträglich bejaht wird. Ein Beispiel möge das zeigen. Alle 12 Geschworenen halten den Angeklagten der vorsätzlichen überlegten Tötung überführt; 6 davon nehmen außerdem an, daß die Tötung auf das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten hin erfolgt ist.

Bei der Abstimmung über das Delikt nach § 216 stimmen mit „ja" 6, mit „nein" 6.

Tötung auf Verlangen nach § 216 ist also, da für jede dem Angeklagten ungünstige Entscheidung in der Schuldfrage Zweidrittelmehrheit erforderlich ist, nicht für vorliegend erachtet.

Es folgt nun die Abstimmung über die Grunddelikte.

Für Tötung mit Überlegung stimmen 12 Geschworene, dagegen keiner.

Trotzdem kann eine Verurteilung wegen Mordes nicht erfolgen. Denn die Geschworenen haben mit der Ablehnung der ersten Frage konstatiert, daß der Privilegierungsgrund des § 216 nicht vorhanden sei. Oder vielmehr, sie haben es nicht konstatiert. Denn die Leugnung des Privilegierungsgrundes stellt offenbar eine für den Angeklagten ungünstige Entscheidung in der Schuldfrage dar, erfordert demnach eine Zweidrittelmehrheit, d. h. die Ablehnung der ersten Frage hätte mit mindestens 8 Stimmen erfolgen müssen. Es haben aber nur 6 Geschworene mit „nein" gestimmt. Das bedeutet: Das Vorliegen des Verlangens ist nicht für ausgeschlossen erklärt. Mithin lautet das Verdikt nicht auf Mord, sondern auf Tötung eines Verlangenden nach § 216 StGB.

---

[1]) Graf zu Dohna, Das Strafverfahren S. 192.

[2]) a. a. O. S. 175.

[3]) § 96 Anm. 36.

[4]) Anders M. v. Lilienthal in v. Birkmeyers Enzykl. d. Rechtsw. S. 1285; desgl. Löwe, der bei Voranstellung der Frage nach dem leichteren Delikt die Revision dann für begründet hält, wenn die voranstehende Frage (nach dem leichteren Delikt) bejaht worden ist (S. 777 bezw. 793); Löwe, Die StPO. für das Deutsche Reich, bearbeitet v. Rosenberg, S. 777 bezw. 793.

# Vierter Teil.

# Die Tötung auf Verlangen in ihrer zivilrechtlichen Bedeutung.

## § 8.

### Schadensersatzpflicht.

§ 823 BGB. bestimmt:

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein".

Hiernach ist derjenige, welcher einen anderen auf dessen Verlangen tötet, dem anderen bezw. dessen Erben zum Schadensersatz verpflichtet, wofern die Tötung eines Verlangenden den Tatbestand des § 823 BGB. erfüllt. Ob dies der Fall ist, kann nur in einem Punkte zweifelhaft sein, nämlich in bezug auf die Rechtswidrigkeit. Es fragt sich also: Ist die Tötung nach § 216 StGB. widerrechtlich? Um die Frage zu beantworten, müssen wir den Begriff der Widerrechtlichkeit festlegen.

Nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches bedeutet, wie Weyl[1]) nachgewiesen hat, der Ausdruck „widerrechtlich" im Bürgerlichen Gesetzbuch nur „objektiv" widerrechtlich.

Objektiv rechtswidrig ist eine Handlung dann, wenn sie gegen ein bestehendes Gebot oder Verbot verstößt. Nun verstößt die Tötung eines Verlangenden offenbar gegen das in § 216 ausgesprochene Verbot: „Du sollst nicht töten". Diese Tatsache läßt sich nicht leugnen; sie wird indessen vielfach so ausgelegt, daß man sagt, die Handlung sei zwar strafrechtlich rechtswidrig, zivilrechtlich dagegen nicht. Denn in bezug auf das Zivilrecht sei die Handlung nicht rechtswidrig, da ja der Verletzte in die ohne die Einwilligung allerdings auch zivilrechtlich rechtswidrige Handlung eingewilligt habe.

Ehe ich auf die Ansicht eingehe, möchte ich bemerken, daß für diesen Teil der Arbeit sich der Tatbestand, der als Grundlage dient, erweitert. Denn da es für das Zivilrecht nur darauf ankommt, ob der Verletzte eingewilligt hat, so handelt es sich hier um die Tötung eines Einwilligenden, nicht nur eines Verlangenden. Es trifft also das

[1]) Weyl, System der Verschuldungsbegriffe S. 361 ff.

hier Ausgeführte auch für den Fall zu, daß ein „ausdrückliches ernstliches Verlangen" nicht vorliegt, sondern nur Einwilligung, ein Fall, der nicht mehr unter § 216, sondern unter § 211 (Mord) bezw. § 212 (Totschlag) fallen würde.

Um den Nachweis zu führen, daß es nicht richtig ist zu sagen, die Tötung eines Einwilligenden sei strafrechtlich rechtswidrig, zivilrechtlich dagegen nicht, ist es erforderlich, auf den Entstehungsgrund dieser Ansicht zurückzugehen.

Wir unterscheiden[1]) zwei große Gruppen von Rechtsgütern:

Rechtsgüter mit individueller Grundlage.

Rechtsgüter ohne individuelle Grundlage.

Zu der ersteren Gruppe gehören beispielsweise Menschenleben, Körperintegrität, Ehre, Freiheit, Eigentum usw. Mit diesen Rechtsgütern ist ein Einzelinteresse begrifflich verbunden, während dies bei der zweiten Gruppe, den Rechtsgütern ohne individuelle Grundlage (z. B. deutsche Reichsverfassung), nur indirekt der Fall ist. Auch hier freilich finden wir eine Verknüpfung von Individualinteressen mit dem Rechtsgut. Während aber bei der ersten Gruppe der einzelne als Individuum geschützt ist, ist er es im zweiten Falle nur als Glied der Gemeinschaft. Die Verschiedenheit zeigt sich bei Verletzung der Rechtsgüter. Bei den Rechtsgütern mit individueller Grundlage richtet sich der Angriff notwendig gegen ein Einzelinteresse. Bei den anderen Rechtsgütern ist dies zwar auch möglich; z. B. kann durch eine Münzfälschung auch ein einzelner geschädigt werden. Aber diese Schädigung des einzelnen ist nur eine zufällige. Sie ist jedenfalls keine notwendige. Nehmen wir wieder das Beispiel der Münzfälschung: Das Delikt ist schon vollendet, wenn auch keine Schädigung eines einzelnen erfolgt ist.

Die Verletzung eines Rechtsgutes kann daher einen doppelten Angriff bedeuten:

1. einen Angriff auf die Rechtsordnung als Ganzes,

2. einen Angriff auf einen einzelnen. Bei den Rechtsgütern mit individueller Grundlage ist immer der doppelte Angriff vorhanden, bei den übrigen häufig.

Dem doppelten Angriffsobjekt entspricht eine doppelte Reaktionsmöglichkeit, das Recht kann gegen jede Seite des Angriffs reagieren, und zwar mit verschiedenen Mitteln: Strafe ist die Reaktion auf die Verletzung der Gemeinschaft, Schadensersatz die Reaktion auf die Verletzung des einzelnen. Wie bereits oben betont, kann das Recht in dieser doppelten Weise reagieren; es braucht es nicht in jedem einzelnen Falle. Sind nur die Interessen der Allgemeinheit verletzt, so reagiert es naturgemäß nur nach der einen Seite: es straft. Sind auch Individualinteressen verletzt, so antwortet es entweder nur mit privatrechtlicher

[1]) vgl. Oetker im GerS. Bd. 78.

Benachteiligung oder mit privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher, Schadenserſatz und Strafe.

Es kann alſo vorkommen, daß das Recht an eine Handlung nur ſtrafrechtliche Folgen knüpft, und umgekehrt, nur zivilrechtliche und keine ſtrafrechtlichen.

Da die Reaktion, wie wir oben geſehen haben, erfolgt, weil die Handlung gegen ein Verbot der Rechtsordnung verſtößt, alſo rechtswidrig iſt, ſo verführt uns dieſe doppelte Reaktionsmöglichkeit zu ſagen, eine gewiſſe Handlung ſei ſtrafrechtlich rechtswidrig, zivilrechtlich dagegen nicht, oder ſie ſei zivilrechtlich rechtswidrig und ſtrafrechtlich nicht. Dieſe Ausdrucksweiſe iſt, worauf ſchon Oetker[1]) und Zitelmann[2]) hinweiſen, unrichtig. Das Recht reagiert auf den Angriff aus irgendwelchen Gründen nur nach einer Seite hin; rechtswidrig iſt und bleibt die Tat nach jeder Richtung.

Es iſt alſo vollſtändig gleichgültig, ob das Recht auf den Angriff nach beiden Seiten reagiert; wenn es nur überhaupt irgendwo in einem Rechtsſatz ein Verbot erläßt, ſo iſt die verbotene Handlung rechtswidrig für alle Teile des Rechtes, alſo eine im Strafrecht verbotene Handlung, gilt auch für das Privatrecht als rechtswidrig und umgekehrt. Denn das objektive Recht erteilt ſeinen Schutz immer und ausſchließlich im öffentlichen Intereſſe; es hat kein Intereſſe daran, daß gerade der Hinz oder Kunz geſchützt werde, oder wie Merkel[3]) ſagt: „Das Recht hat in keinem ſeiner Teile den Charakter eines Privatinſtituts. Es bildet alſo ein Ganzes, eine Einheit, und ſomit iſt alles, was in irgendeinem Teil verboten, alſo als rechtswidrig bezeichnet iſt, rechtswidrig für alle Teile. So iſt, um ein Beiſpiel anzuführen, Notwehr auch zuläſſig gegen einen Angriff, der nirgendwo im Strafrecht als rechtswidrig bezeichnet iſt, wofern ſeine Rechtswidrigkeit nur in irgendeinem anderen Teil des Rechts ausgeſprochen iſt.[4])

Aus der Einheit des Begriffes „rechtswidrig“ folgt, daß wenn ein Rechtsſatz in irgendeinem Gebiet an die Rechtswidrigkeit irgendwelche Folgen knüpft, er damit Rechtswidrigkeit jeglichen Urſprungs meint.

Wenn daher § 823 BGB. an die „widerrechtliche“ Schädigung des Lebens Schadenserſatzpflicht knüpft, ſo meint § 823 eben auch „Widerrechtlichkeit“ jeglichen, alſo auch ſtrafrechtlichen Urſprungs.

Wenden wir das ſo gefundene Reſultat auf unſeren Fall der Tötung eines Einwilligenden an. Es ergibt ſich:

Die Tötung eines Einwilligenden iſt eine „rechtswidrige“ Handlung nicht nur für das Strafrecht, ſondern auch für das Recht überhaupt, denn ſie iſt in § 216 StGB. verboten. Folglich iſt der Tötende zum Erſatz des durch ſeine Handlung entſprechenden Schadens verpflichtet.

---

[1]) ArchZivPrax. Bd. 99 S. 14.
[2]) Notwehr und Notſtand nach den §§ 227, 228, 904 BGB. S. 2.
[3]) Lehrb. des Strafrechts S. 13.
[4]) vgl. Zitelmann a. a. O.

Zu dem entgegengesetzten Resultat gelangt neuerdings Unger[1]: Er deduziert folgendermaßen:

Ist ein Tatbestand nur deshalb für widerrechtlich erklärt, weil ein Einzelinteresse verletzt ist, so schließt die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit aus. Ist ein Tatbestand deshalb für rechtswidrig erklärt worden, weil sowohl ein Einzelinteresse als auch das Interesse der Gesamtheit verletzt ist, so schließt die Einwilligung des Verletzten die eine Art der Rechtswidrigkeit und ihre Folgen aus, nicht aber die andere Art (es sei denn, daß die Widerrechtlichkeit im ersteren Sinne zu den besonderen Tatbestandsmerkmalen des im zweiten Sinne widerrechtlichen Umstandskomplexes gehört). Dies trifft für die Tötung eines Einwilligenden zu; dieselbe bleibt daher strafrechtlich rechtswidrig, privatrechtlich dagegen nicht. Die Einwilligung des Verletzten hebt hier die Rechtswidrigkeit auf, und so kann von einer Schadensersatzpflicht des Tötenden nicht die Rede sein.

Die Prämisse, auf der dieser Beweis aufgebaut ist, nämlich von der Teilung der Rechtswidrigkeit in strafrechtliche und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit,[2] ist zunächst, wie ich oben ausgeführt zu haben glaube, falsch. Nimmt man sie jedoch als richtig an, so ist der Beweis trotzdem anfechtbar. Auch in diesem Punkte hat Zitelmann bereits den Weg gezeigt.

Unger sagt, die Einwilligung des Verletzten hebe die Rechtswidrigkeit auf.

Was ist denn Einwilligung? Einwilligung ist, was Unger[3] freilich auch bestreitet, ein Rechtsgeschäft. Sie trägt alle Merkmale eines Rechtsgeschäftes. Rechtsgeschäft ist eine auf Hervorbringung eines Rechtserfolges gerichtete Willenserklärung. Nun ist es zwar nicht in Abrede zu stellen, daß derjenige, der in seine Tötung einwilligt, an die zivilrechtlichen Folgen dieser Willenserklärung meistens überhaupt nicht denkt. Er hat nur den mit der Einwilligung erstrebten direkten Erfolg, die Tötung, im Auge, ohne sich über die möglichen ferneren Rechtsfolgen klar zu sein. Doch ist dies — darin ist man heute einig — für den Begriff des Rechtsgeschäfts auch durchaus nicht erforderlich.

Jene erste Wirkung tritt nur kraft des darauf gerichteten Willens ein. Das Rechtsgeschäft ist daher die unmittelbare Ursache des Eintritts des beabsichtigten Rechtserfolges. Die Einwilligung stellt sich demnach als Rechtsgeschäft dar.

---

[1] Selbstmord in der Beurteilung des geltenden deutschen bürgerlichen Rechtes.

[2] Unger bemerkt zwar S. 141 Anm. 20: „Es ist Zitelmann recht zu geben, wenn er die Scheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher d. h. zumeist strafrechtlicher Widerrechtlichkeit als „ungenauen Ausdruck brandmarkt und bemerkt, daß damit nur über die Rechtsfolgen, nicht aber über das Wesen der Rechtswidrigkeit etwas ausgesagt werde". In Wirklichkeit laufen seine Ausführungen jedoch auf diese Teilung hinaus.

[3] Ebenso Lindelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 80ff.

Daraus folgt, daß auf sie die Regeln über Rechtsgeschäfte anzuwenden sind.

Wichtig ist hier vor allen Dingen, festzustellen, wer eine rechtsgültige Einwilligung erteilen kann. Da die Einwilligung nicht ausschließlich rechtliche Vorteile gewährt, so folgt nach § 107 BGB., daß ein Minderjähriger eine gültige Einwilligung nicht erteilen kann. Hieraus ergeben sich sogleich Unzuträglichkeiten. Der Arzt, der einen Zwanzigjährigen ohne, selbst gegen dessen Willen operiert, bliebe straflos, sofern nur der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt hat. Aber anderseits könnte der Raseur, der einen Zwanzigjährigen rasiert, wegen Körperverletzung zur Rechenschaft gezogen werden, wenn er weiß, daß der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung nicht erteilt hat.

Zitelmann verweist uns für diese Fälle auf das Fürsorgerecht des gesetzlichen Vertreters und meint, solange der gesetzliche Vertreter in den Grenzen dieses Fürsorgerechts bleibe, sei eine Einwilligung wirksam; welches die Grenzen seien, könne freilich zweifelhaft sein, aber diese Zweifel beträfen den Inhalt des Fürsorgerechtes überhaupt, nicht die Einwilligung. Diese Lösung kann wenig befriedigen; denn im konkreten Falle ist die Grenze des Fürsorgerechtes dem subjektiven Ermessen des operierenden Arztes anheimgestellt.

Annehmbarer scheint mir die Lösung, die Fischer[1]) gibt: Alle diese Schwierigkeiten seien dahin zu lösen, daß zwar an der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung festgehalten werden müsse, sie aber nicht schablonenmäßig nach den gewöhnlichen Vorschriften über die Geschäftstätigkeit behandelt werden dürfe. „Was für ein zehnjähriges Kind angemessen ist, kann für einen Zwanzigjährigen unbillig erscheinen. Natürlich kann auch der Zwanzigjährige nicht, solange er nicht für großjährig erklärt ist, über die der Fürsorge unterworfenen Vermögensgüter ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters dadurch verfügen, daß er allein eine wirksame Einwilligungserklärung in ihre Verletzung abgibt. Aber auch der gesetzliche Vertreter kann von einem im Einzelfalle und nach konstanter Praxis zu bestimmenden Lebensalter des Kindes an nicht ohne Zustimmung des Kindes seine Einwilligung erteilen. Diese Einschränkung können wir um so mehr machen, da wir durch positive gesetzliche Bestimmungen nicht bevormundet sind, und es anderseits dem Geiste unserer Gesetzgebung entspricht, auch den Minderjährigen schon in wichtigen eigenen Lebensangelegenheiten, sei es mitbestimmend entscheiden zu lassen (§§ 1728 Abs. 2, 1750 BGB.), sei es ihn wenigstens in solchen Angelegenheiten zu hören."

Die Rechtsgeschäftseigenschaft der Einwilligung wird durch Fälle dieser Art, wie auch Fischer bemerkt, nicht vernichtet.

---

[1]) Die Rechtswidrigkeit S. 277.

Es fragt sich nun, ist die Einwilligung in § 216 wirksam? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir wieder feststellen, wie es sich bei Rechtsgeschäften allgemein verhält.

Nach § 134 BGB. ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Nehmen wir die Einheit der Rechtswidrigkeit an, so kommen wir hier ohne weiteres zur Nichtigkeit der Einwilligung in die Tötung. Denn die Handlung des Tötenden ist durch das Gesetz verboten; infolgedessen verstößt auch das Rechtsgeschäft der Einwilligung gegen das gesetzliche Verbot. Die Einwilligung ist darum nicht verboten, aber sie ist nach § 134 nichtig. Wenn wir indessen die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit ablehnen, dringen wir mit diesem Argument nicht durch.

Ein Rechtsgeschäft ist ferner nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt. Wenn wir nicht wieder die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit annehmen wollen, so dürfen wir das Verbot in § 216 nicht heranziehen. Es erübrigt sich auch. Denn daß es gegen die guten Sitten verstößt, in seine Tötung einzuwilligen, ist nicht zweifelhaft. Auch der Selbstmord gilt als gegen die guten Sitten verstoßend. Um so mehr dann das Tötenlassen durch einen anderen.

Aus diesem Grunde ist also die Einwilligung in die Tötung nichtig, und die Folge hiervon ist wieder, daß derjenige, der einen anderen mit seiner Einwilligung tötet, den Erben desselben schadensersatzpflichtig wird.

Die hier vertretene Ansicht hat auch das Reichsgericht in einer Entscheidung v. 16. 9. 1907[1]) gebilligt.

Da, wie im vorstehenden ausgeführt, die Einwilligung des Getöteten in jedem Falle irrelevant ist, so erübrigt es sich, die weiteren Grundsätze über Rechtsgeschäfte — z. B. wie es sich mit der Schadensersatzpflicht verhält, wenn der Tötende irrtümlich die Einwilligung angenommen hat — in Anwendung zu bringen.

Unbilligen Entschädigungsansprüchen wird mit § 846 BGB. in Verbindung mit § 254 BGB. wirksam entgegengetreten werden können.

## § 9.

## Erbunwürdigkeit.

Aus den obigen Ausführungen geht hervor, daß die Einwilligung des Getöteten der Tötungshandlung den Charakter der Rechtswidrigkeit überhaupt nicht nimmt, auch nicht, soweit nur privatrechtliche Wirkungen in Betracht kommen. Der Tötende handelt also auch in bezug auf das Privatrecht trotz der Einwilligung rechtswidrig.

Es würde daher auch an sich der Tatbestand des § 2339 Abs. 1: „Erbunwürdig ist, wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich tötet

[1]) RGZ. Bd. 66 S. 307.

oder zu töten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, infolgedessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben" vollständig erfüllt. Denn der Täter handelt vorsätzlich; er handelt auch widerrechtlich. An sich würde sich also derjenige, der den Erblasser mit dessen Einwilligung tötet, erbunwürdig machen.

Indessen dürfte dieses dem natürlichen Rechtsgefühl widerstreitende Ergebnis hinfällig werden, wenn man die übrigen Bestimmungen über Erbunwürdigkeit berücksichtigt.

§ 2343 bestimmt: Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat.

Nun liegt zwar hier eine Verzeihung nicht vor; denn verzeihen kann ich erst nach der Tat. Immerhin aber gewinnen wir aus dieser Bestimmung den auch unserem Rechtsgefühl entsprechenden Satz:

Erbunwürdig ist derjenige, welcher sich gegen den Erblasser bestimmter schwerer Verfehlungen schuldig macht. Eine feindliche Gesinnung gegen den Erblasser, die sich dadurch äußert, daß der Täter etwas tut, was dem Willen des Erblassers nicht entspricht, ist darnach Voraussetzung der Erbunwürdigkeit. Nicht zu verwechseln sind damit die Motive des Täters, die nicht direkt feindlich zu sein brauchen. Die Handlung des Täters muß jedenfalls, sofern Erbunwürdigkeit eintreten soll, mit dem Willen des Erblassers in Widerspruch stehen.

Dies ist aber bei der Tötung eines Einwilligenden nicht der Fall, sondern genau das Gegenteil. Der Tötende tut nur das, was der Erblasser selbst auch will. Eine feindliche Handlung ist daher auf seiten des Tötenden nicht vorhanden. Demnach sind auch die Voraussetzungen der Erbunwürdigkeit nicht gegeben.[1])

Analog der Erbfähigkeit ergibt sich bezüglich der Schenkung:

Hat der Beschenkte den Schenker mit dessen Einwilligung getötet, so können die Erben die Schenkung nicht widerrufen.

Da es sich hier nicht darum handelt, ob das Rechtsgeschäft der Einwilligung gültig ist oder nicht, sondern vielmehr darum, ob die Tat dem wirklichen Willen des Erblassers entspricht, so ist es gleichgültig, ob der Getötete imstande ist, eine im Sinne des Zivilrechts gültige Willenserklärung abzugeben, d. h. ob er großjährig ist usw. Auch wenn der Getötete minderjährig war, den Tötenden ein Verschulden — abgesehen von dem ja immer vorliegenden Verstoß gegen das Strafgesetz — nicht trifft, ist ein Grund zur Annahme der Erbunwürdigkeit bezw. ein Grund zum Widerruf zur Schenkung nicht gegeben.

[1]) Ebenso Planck, Komm. z. BGB. (1. u. 2. Aufl. 1912) Bd. 5 S. 625; Komm. d. RGRäte Bd. 2 S. 674; Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. 5 S. 776.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

In your reply
please quote: —
R 15, 446/179.

STATISTICAL BRANCH,
HOME OFFICE,
WHITEHALL, LONDON, S.W,

13th February, 1914.

Dear Sir,

In reply to your letter of the 7th instant, I beg to inform you that the number of verdicts of suicide returned by Coroners' juries in 1911 was 3563 — see Table XXXI of the Criminal Statistics for England and Wales, which I think you have.

As to aiding and abetting suicide, by English Law an accessory before the fact to a felony is dealt with as a principal in the offence. Consequently a person aiding and abetting a suicide may be convicted of murder. Any case which may have occurred are included under the heading of murder in the Statistics and their number is not known, but it is believed that cases are not of frequent occurrence.

I am
Dear Sir,
Yours faithfully,
W. J. Farrant,
Clerk for Statistical Returns.

Herr Wilhelm Sack,
Würzburg,
Obere Johannitergasse 6 I.